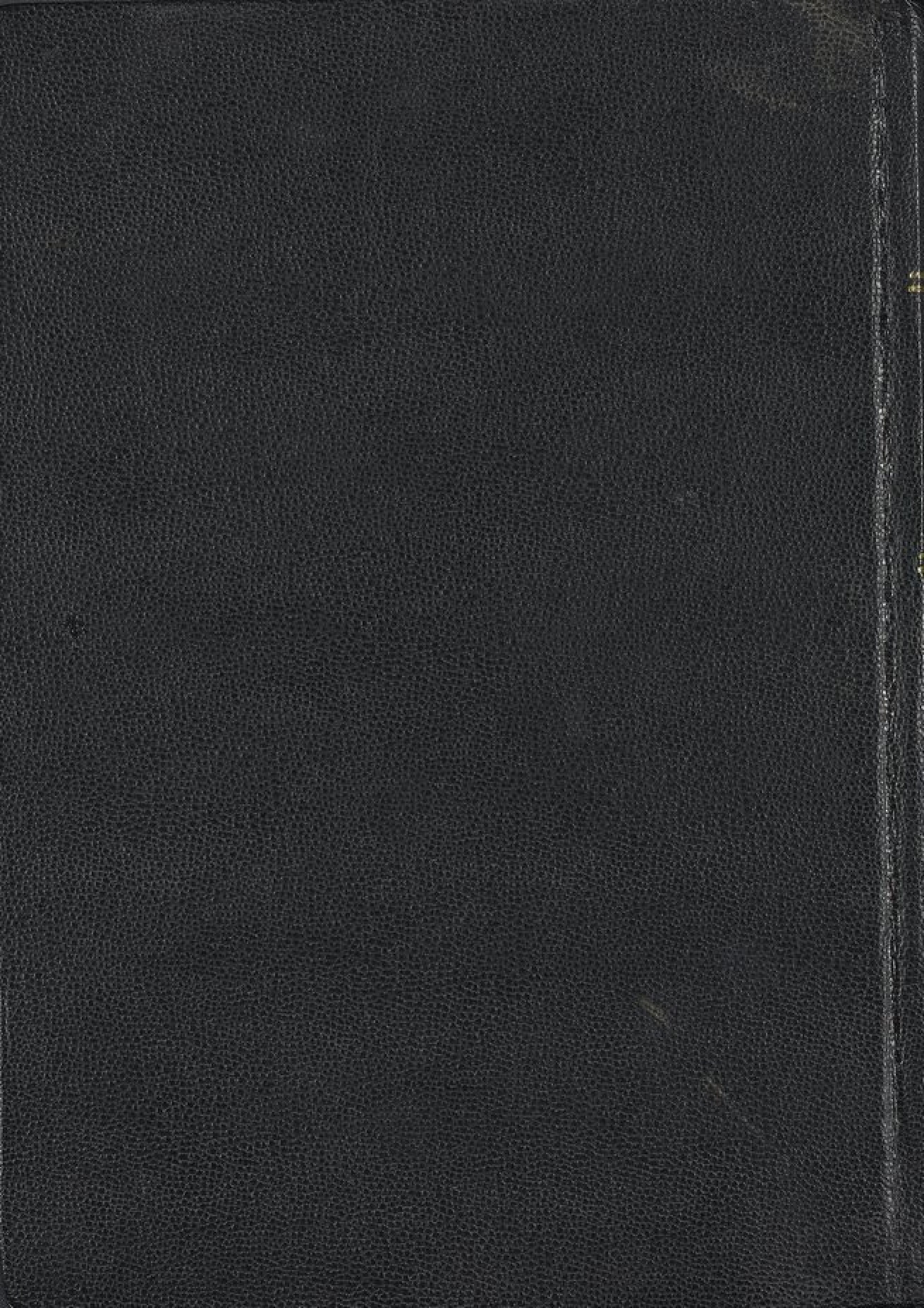




الجزء العشرون من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

المطبعة العلمية - قم

الجزء العشرون من كتاب

فقه الصادق

في شرح التبصرة للإمام المحقق آية الله العلامة الحلي قده

تأليف :

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله على ما اولينا من التفقه فى الدين والهداية الى الحق وافضل صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه سيما بقية الله فى الارضين ارواحنا فداه وبعد فهذا هو الجزء العشرون من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا الطبعه وهو آخر اجزاء موسوعتنا الفقهية .

و ارفع الجميع بكلتا يدى لاهديها الى رفيع قدس الامام الثانى عشر ارواح من سواه فداه موقنا انى لست ممن يقوى على الرقى لامثال هذه المعارج العالية ـ غير انى ارغب جهدى فى ان احسب فى عداد من اسدى الخدمة الى العترة الطاهرة عليهم السلام والعلوم المأثورة عنهم ـ وما املى الآن يمن سيدنا ومولانا على وليه بقبول هذه الهدية هدية النملة الى سليمان الملة وما اغلاه من عوض .

(كتاب القضاء والشهادات والحدود وفيه فصول-الفصل الاول في صفات القاضي) وقبل الشروع في البحث ينبغي تقديم امور.

الاول في تعريف القضاء ـ وهو لغة لمعان كثيرة انهاها في الجواهر وغيرها الى عشرة ـ الحكم ـ والعلم ـ والاعلام وعبر عنه بعضهم بالانهاء ـ والقول ـ والحتم ـ والامر ـ والخلق ـ والفعل ـ و الاتمام ـ والفراغ ـ ويمكن ارجاع بعضها الى بعض بل كلها الى معنى واحد ـ وعرفوه في الاصطلاح ـ تارة بما في المسالك والرياض بانه ولاية الحكم شرعا لمن له اهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على اشخاص معينين من البرية باثبات الحقوق واستيفائها للمستحق ، وهو المنسوب الى جماعة من الفقهاء بل في المسالك والرياض نسبته اليهم ـ واخرى بما افاده الشهيد الاول قده وهو انه ولاية شرعية على الحكم و المصالح العامة من قبل الامام ـ و الثاني اعم من الاول .

اقول القضاء بحسب المتفاهم العرفي وعلى ما يظهر من موارد استعماله في النصوص وغيرها مرادف للحكم ـ فكما انه لايتوهم احد اخذ الولاية في الحكم كذلك لاوجه لتوهم كون القضاء هو الولاية ـ والذي اوجب تفسيره بذلك امران ـ احدهما ـ انه لاريب في كونه من المناصب المجعولة في العرف والشرع ـ ففي صحيح (١) ابي خديجة قال ابو عبدالله عليه السلام اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ـ ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه ـ وليس المجعول الا الولاية و الامارة و السلطنة على الغير في نفسه او ماله او امر من اموره ـ واما الحكم فهو غير قابل للجعل منصبا كما هو واضح (وفيه) اولا النقض بالحاكم ـ ففي مقبولة (٢) ابن حنظلة عنه عليه السلام ـ فاني قد جعلته عليكم

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضي حديث ٥

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

حاكما ـ وثانيا بالحل وهو ان هناك امرين ـ ١ ـ القضاوة ـ ٢ ـ كونه منصوبا للفصل ورفع النزاع والحكم بين الناس لااشكال في ان الثاني من اقسام الولاية ـ ولكن القضاء هو الاول ـ ثانيهما ـ انه يصدق القاضي على المنصوب لرفع الخصومة ولولم يتلبس بالقضاءوالحكم ـ فيعلم من ذلك ان المبدأ فيه الساري في المصدر ايضاً بمعنى الولاية المزبورة (و فيه) اولا النقض بالحاكم ـ و ثانيا انه في جملة من المشتقات نرى اطلاق المشتق على غير المتلبس بالمبدأ كالتاجر و غيره من ارباب الحرف والصنايع ـ والوجه في ذلك ليس هو التصرف في المبدأ الذي في ضمن هذه الهيئةالاشتقاقية خاصة كماافاده المحقق الخراساني ـ بل الوجه فيه التوسعةفي دائرة التلبس الفعلي بنحويشمل الشأنية والصلاحية للاتصاف بالمبدأ وتمام الكلامفي محله ـ فعلى هذا المنوال اطلاق القاضي على الشخص بمجرد مالو نصب لذلك وان لم يتلبس بعد بالقضاء ـ فالمتحصل مماذكرناه ان القضاء عبارة عن الحكم بين الناس عندالتنازع والتشاجر ورفع الخصومة وفصل الامر بينهم ـ ولكن كونه منصوبا لذلك ولاية ومنصب من المناصب الشرعية .

ثم انه منصب عال عظيم وشرفه جسيم فانه من توابع الرياسة العامة الثابتة للنبي صلى الله عليه وآله وسلم و الائمة عليهم السلام بل هو غصن من تلك الدوحة العظمى وخلافة عنهم عليهم السلام و لذلك خصه الله سبحانه بالانبياء و الاوصياء من بعدهم ثم بمن يحذو حذوهم ويقتدي بهداهم ويسير بسيرهم من العلماء الذين هم خلفاء الرسول ـ كمافي الخبر(١) ولاجل علو مرتبته جعل الله يده فوق رأس القاضي واهبط الله الملك يسدده ـ ففي قوي(٢) السكوني عن ابيعبدالله عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام يدالله فوق رأس الحاكم ترفرف بالرحمة فاذا جاف وكله الله الى نفسه .

(١) الوسائل ـ باب ٨ من ابواب صفات القاضي حديث ٥٣

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضي حديث ١

ثم انه كما انه منصب جليل كذلك خطره عظيم فان القاضي على شفير جهنم ففي خبر(١) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لشريح ياشريح قد جلست مجلسا لا يجلسه الا نبي اووصي نبي اوشقي ـ وعن(٢) النبي صلى الله عليه وآله وسلم من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين ـ وفي خبر (٣) ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عزوجل ممن له سوط اوعصا فهو كافر بما انزل الله على محمد صلى الله عليه وآله وسلم ـ وفي خبر(٤) ابي بصير عنه عليه السلام من حكم في درهمين بغير ما انزل الله عزوجل فهو كافر بالله العظيم الى غير ذلك من النصوص الكثيرة الدالة على ذلك .

القضاء واجب كفائي

الثاني ـ لاخلاف بين فقهائنا في ان القضاء واجب كفائي وفي المسالك والرياض والمستند وغيرها دعوى الاجماع عليه بل في الاخير جعله من الضروريات الدينية ـ والكلام فيه تارة في الدليل على وجوب القضاء ـ واخرى في تعيين محله ـ وثالثة في الجمع بين وجوب القضاء وما اشتهر بينهم من الاستحباب لمن يثق بنفسه عينا.

اما الجهة الاولى فقد استدل له ـ بقوله تعالى(٥) «ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق» وبقوله عزوجل (٦) « انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما اراك الله» وبقوله تعالى (٧) «وان احكم بينهم بما انزل الله»

---

(١) الوسائل باب٣ ـ من ابواب صفات القاضي حديث ٢

(٢) المستدرك باب ٣ من ابواب صفات القاضي حديث ٤

(٣ـ٤) الوسائل باب ٥ من ابواب صفات القاضي حديث ١ـ٢

(٥) سورة ص آية ٢٧ (٦) النساء آية ١٠٥

(٧) سورة المائدة آية ٤٩

وقريب منها آيات اخر ـ والايراد على الاستدلال بها بان غاية مايدل عليه هذه الايات وجوب الحكم على الانبياء ولاملازمة بينه وبين وجوبه على غيرهم كما افاده المحقق العراقى ـ مندفع بعدم كون ذلك من مختصاته والالبين كما بين ساير مايختص به من الاحكام ـ وقد يستدل له بجملة من النصوص كخبر (١) معلى بن خنيس عن الصادق عليه السلام فى حديث وامرت الائمة ان يحكموا بالعدل وامر الناس ان يتبعوهم ـ والنبوى (٢) ان الله لايقدس امة ليس فيهم من ياخذ للضعيف حقه و نحوهما غيرهما ـ والايراد على النبوى بانه يمكن حمله على الاخذ بعنوان عون الضعيف لابملاك فصل الخصومة ـ يرده انه خلاف الظاهر مع انه يكفى فى الحكم بالوجوب ولو بالعنوان الاخر ـ واضعف منه دعوى اشعاره بالكراهة .

ويمكن ان يستدل له بانه لاريب فى توقف نظام نوع الانسان عليه ـ اذ الظلم من شيم النفوس فلابد من قاض وحاكم ينصف من الظالم للمظلوم ولذلك بنى العقلاء على لزوم ذلك حفظا للنظام كما فى ساير الامور التى عليها بناء العقلاء والشارع الاقدس امضى ذلك غاية الامر قيده بقيود ـ وان شئت قلت ان ذلك من الامور التى تطابقت عليها اراء العقلاء لعموم مصالحها التى يعبر عنها بالقضايا المشهورة ـ ويمكن ان يقرب هذا الوجه بنحو يدخل فى القضايا العقلية ـ لا القضايا المشهورة ـ بان يقال انه وجوب فطرى بمناط وجوب دفع الضرر المحتمل عن المجتمع ـ او ان العقل مستقل بحسنه وقبح تركه المستلزم لاختلال النظام ويستكشف من ذلك ببرهان الملازمة وجوبه الشرعى وعلى هذا فلايبقى ترديد وشك فى وجوبه ـ وترديد المحقق العراقى فيه ـ من قبيل الترديد فى ماهو من قبيل الواضحات ـ و يؤيد ذلك اجماع الامة عليه ـ ومايترتب عليه من النهى عن المنكر والامر بالمعروف .

واما الجهة الثانية ـ فالظاهر ان محل الوجوب هو نفس الحكم والقضاء للامر به

---

(١) الوسائل باب ١ ـ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

(٢) المستدرك باب ١٥ من ابواب صفات القاضى حديث ٨

فى الكتاب والسنة وبه يحفظ النظام وبتركه يلزم الاختلال - وماقبله من تولى مجلس القضاء وتحصيل اصل الولاية من الاجتهاد والعدالة من مقدماته - وماافاده المحقق العراقى ره من انه حيث يكون الحكم مشروطا بالترافع وتمامية الميزان عند القاضى فمع الشك فى تحقق هذا الشرط يوجب جريان البرائة عن بقية المقدمات ولازمه جواز ترك كل احد تحصيل المراحل السابقة وليس كك ومثل ذلك شاهد عدم كون الحكم تحت خطاب الشارع - يرد عليه انه فى كل قضية شخصية خارجية وان كان يحتمل عدم تمامية الميزان عند القاضى ولكن يعلم اجمالا بتحقق موارد يتم فيها الموازين للقضاء وهو يكفى فى ثبوت وجوب المقدمات .

واما الجهة الثالثة - فلااشكال ولاريب فى ثبوت الاستحباب النفسى عينا لمن يثق بنفسه لماتضمن من النصوص (١) من الترغيب فيه والتحريص عليه وان يدالله فوق رأس القاضى وان الله يهبط الملك ليسدده - ولاينافيه ماورد (٢) من التحذير والتهديد فى امر القضاء فانه بالنسبة الى عدم مراعاة الموازين الشرعية لابالنسبة الى اصل القضاء وانما وقع الاشكال فى الجمع بين ذلك وبين وجوب القضاء بتوهم استحالة اجتماع الوجوب ولو كفائيا مع الاستحباب العينى والكفائى - ويمكن الجواب عنه بوجوه (١) انه اى محذور فى اجتماع الوجوب الكفائى مع الاستحباب العينى فما المانع من الالتزام بالتاكد كما فى سايرموارده - افلاتكون الطهارات الثلاث مستحبات نفسية وفى وقت الصلاة يعرضها الوجوب - وكم له نظير فى الفقه (٢) ان المستحب هو تحصيل الولاية اوالحضور لسماع الدعوى والموازين والواجب هو الحكم فى ظرفها (٣) ان الواجب هو ما اذالم يكن متصد للقضاء او كان ولم يكن الناس يترافعون اليه لتخيلهم عدم اهليته لذلك - والمستحب ماأذا كان المتصدى الذى يترافع الناس اليه موجودا .

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضى - والمستدرك باب ١٠ منها

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى

الثالث ـ الظاهر عدم فورية القضاء بعد الترافع ـ الا اذا لزم من التاخير تضررهما اواحدهما فانه تجب المبادرة الا اذا كان هناك عذر ـ والوجه فى عدم الفورية الاصل ـ والاجماع ـ وما تضمن (١) تاخير امير المؤمنين عليه السلام الحكم فى بعض القضايا الى الغداوالى ما بعد الصلوة.

الرابع ـ اذا كان من له اهلية التصدى للقضاء متعددا ـ ولكن المتنازعين اختاروا شخصا خاصا للقضاء والحكم ـ فان كانوا يعتقدون عدم اهلية غيره يجب عليه عينا القضاء ـ والافلا ولايخفى وجهه ـ

فى شرائط القاضى ـ اعتبار كونه مكلفا

ثم ان تنقيح القول فى هذا الفصل بالبحث فى مسائل ـ الاولى فى الشرائط المعتبرة فى القاضى (و) هى امور ـ الاول ـ انه **(لابد ان يكون مكلفا)** فلاينفذ قضاء الصبى وان كان مراهقا ومجتهدا جامعاً للشرائط ـ ولا المجنون ولو كان ادواريا فى دور جنونه وان كان عارفا بالاحكام الشرعية بلاخلاف فيه وفى المسالك انه عندنا موضع وفاق وقد حكاه سيد الرياض والمقدس الاردبيلى عن غيرها ـ ويشهد له مضافا الى الاجماع انه لايحصل الاطمينان من حكم غير المكلف كونه عن مدرك شرعى ولاطريق لنا الى احراز ذلك ولو تعبدا ـ وبعبارة اخرى لاطريق لنا الى احراز عدم خيانته وكذبه بعد عدم وجود الرادع له شرعا ولاعرفا .

وقد استدل جماعة من الاساطين لاعتباره بوجوه اخر بعضها مختص بالبلوغ و بعضها شامل للعقل ايضا ـ منها ـ قوله عليه السلام فى مشهورة (٢) ابى خديجة الآتية اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا ـ وقوله عليه السلام فى صحيحته (٣) المتقدمة ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا ـ ومنها ـ ان غير

---

(١) الوافى الجزء التاسع ص١٦٥

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث٦

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضى حديث٥

المكلف محجور عن التصرف والقلم مرفوع عنه (١) ومولى عليه ـ وعمده خطاء (٢) ومنصب القضاوة من اعظم المناصب الالهية فلايكون قابلا لتصديه ـ ومنها ـ انصراف ادلة النفوذ الى البالغ العاقل ـ ومنها ـ انه سياتي ان لزوم ترتيب الاثار على الحكم وعدم جواز نقضه ورده خلاف الاصل فيقتصر على المتيقن وهو المكلف (وفي الكل نظر) اما الاولان فلان الظاهر ان المراد بالرجل في الخبرين هو الجنس لاخصوص البالغ ـ مع انهما اخصان من المدعى كما اشرنا اليه اضف اليهما انه لامفهوم لهما كي يقيد به اطلاق مقبولة ابن حنظلة الاتية ـ اللهم الا ان يقال انهما من جهة ورودهما في مقام الردع عن الرجوع الى قضاة الجور وصرفهم الى قضاة الشيعة ظاهران في كونهما في مقام التحديد لمن يرجع اليه من القضاة ـ فلامحالة يكون لهما المفهوم فتامل ـ واما الثالث فلمنع سلب افعاله واقواله ـ وكونه صبيا مولى عليه لاينا في صحة قضاوته كيف ومنصب الامامة والنبوة اعظم من منصب القضاوة وقد حازهما الصبي ـ واما الرابع فلمنع الانصراف ـ واما الخامس فلانه مع وجود الاطلاق لاوجه للاقتصار على المتيقن.

في اعتبار الايمان في القاضي

الثاني ان يكون (**مؤمنا**) فلاينفذ قضاء الكافر ولا المخالف ـ ويشهد به اجماع الامة ـ وصحيح (٣) ابي خديجة قال ابو عبدالله عليه السلام ايا كم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضيا فتحاكموا اليه ـ ومقبولة (٤) ابن حنظلة عنه عليه السلام عن رجلين من

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١١و١٢ وباب ٣٦ من القصاص في النفس

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب العاقلة كتاب الديات

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضي حديث ٥

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

اصحابنا بينهما منازعة فى دين اوميراث فتحاكما الى السلطان والى القضاة أيحل ذلك قال عليه السلام من تحاكم اليهم فى حق أو باطل فانما تحاكم الى الطاغوت ومايحكم له فانما يأخذ سحتا وان كان حقا ثابتا له لانه اخذه بحكم الطاغوت وما امر الله ان يكفر به قال الله تعالى يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به قلت فكيف يصنعان قال عليه السلام ينظران من كان منكم قد روى حديثنا ونظر فى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله الحديث ونحوهما غيرهما من النصوص المستفيضة ـ ومادل (١) على النهى عن الركون الى الظالم فان التحاكم الى غير المؤمن من اظهر انحاء الركون الى الظالم ـ وربما يستدل له بوجوه اخر منظور فيها وان كانت للتاييد صالحة لكن وضوح الحكم يغنينا عن التعرض لها وفى الجواهر بل هو من ضروريات مذهبنا.

فى اعتبار العدالة فى القاضى

الثالث ان يكون (عدلا) فلا ينفذ قضاء الفاسق ـ ويشهد به مضافا الى الاجماع ـ والى ان هذا المنصب من المناصب المهمة فى الشريعة بل من المناصب المختصة بالنبى صلى الله عليه وآله وسلم واوصيائه (ع) ولا يحتمل جعل الشارع هذا المنصب لمن هو خارج عن طريقته ـ وبعبارة اخرى لا يكون الفاسق وصى نبى كيف وقد اعتبر الشارع العدالة فى امام الجماعة فكيف بالقضاء الذى هو اهم منه ـ صحيح (٢) سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى (لنبى) اووصى نبى ـ ومادل (٣) على النهى عن الركون الى الظالم فان التحاكم الى الفاسق من اظهر انحاء الركون الى الظالم ـ وصحيح (٤) ابى خديجة عن الصادق عليه السلام اياكم

(١-٣) هود ١١٣

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث٣

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث٦

اذاوقعت بينكم خصومة اوتدارى فى شيء من الاخذ والعطاء ان تحاكموا الى احد من هؤلاء الفساق الحديث فانه وان كان فى قضاة العامة الا ان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية وان الفاسق لايكون اهلا للقضاوة ـ وعدم الامن من خيانة الفاسق وكذبه

فى اعتبار العلم باحكام القضاء فى القاضى

الرابع ان يكون القاضى (**عالما**) باحكام القضاء ليكون حكمه حكما بحكم الله تعالى وبالحق والعدل والقسط ـ ويشهد به الايات الآمرة بالحكم بالقسط والعدل والحق ـ كقوله عزوجل (١) «ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل» وقوله عزوجل (٢) «ياايها الذين امنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولايجرمنكم شنئان قوم على ان لاتعدلوا اعدلوا» وقوله تعالى (٣) « ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون » ونحوها غيرها ـ والنصوص المستفيضة ـ لاحظ صحيح (٤) ابى خديجة عن الصادق (عليه السلام) فى حديث اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا فانى قد جعلته عليكم قاضيا ـ والخبر (٥) عنه عليه السلام القضاة اربعة ثلاثة فى النار وواحد فى الجنة رجل قضى بجور وهو يعلم فهو فى النار ورجل قضى بجور وهو لايعلم فهو فى النار ورجل قضى بالحق وهو لايعلم فهو فى النار ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة ـ والنبوى الخاصى (٦) من افتى الناس بغير علم لعنته ملائكة السماء والارض وفى آخر (٧) فليتبوأ مقعده من النار ـ وصحيح (٨) سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام

---

(١) النساء آية ٥٨

(٢-٣) المائدة آية ٨ و٤٧

(٤) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ٦

(٥-٦-٧) الوسائل باب ٤ من ابواب صفات القاضى حديث ٦-١-٣٣

(٨) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣

العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبي أووصى نبي الى غير تلكم من النصوص.

وهل يعتبر كونه عالما بالكتابة قرائة و كتبا كما عن الشيخ و الحلي و في المسالك نسبه الشهيدره الى الاكثر - ام لايعتبر ذلك كماعن جماعة وجهان - من اصالة عدم الاشتراط وعدم اعتباره في النبوة التي هي اكمل المناصب ومنها يتفرع الاحكام والقضاء - ومن اضطراره الى معرفة الوقايع والاحكام التي لايتيسر ضبطها غالبا الابها - والاظهر عدم الاعتبار.

الخامس: ان يكون القاضي (**طاهر المولد**) فلايكون قضاءولدالزنانافذا بلاخلاف ويشهدله مضافا الى ذلك فحوى مادل (١) على اعتبار طهارة المولد في امام الجماعة والشاهد الذين همادون هذاالمنصب العظيم.

السادس: ان يكون (**ضابطا**) ذكره جماعة ولادليل على اعتباره - كما ان جملة من الامور التي اعتبروها في القاضي - كالحرية - والسمع - والبصر - وما شاكل لادليل على اعتبارها واطلاق الادلة والاصل يقتضيان عدم الاعتبار.

في اعتبار الذكورية في القاضي

نعم في المقام شيء يعتبر فيه قطعا ولم يذكره المصنف ره وهوالذكورية فلا ينفذ قضاء المرئة وفي المسالك وهو موضع وفاق وخالف فيه بعض العامة - ويشهد له مضافا الى ذلك - والى التقييد بالرجل في خبري ابي خديجة المتقدمين - نصوص كثيرة لاحظ خبر (٢) الجعفي عن الباقر عليه السلام ليس على النساء اذان ولااقامة الى ان قال ولا تولى المرئة القضاء ولاتلي الامارة ولا تستشار الحديث - والنبوي (٣) الخاصي ياعلي ليس على

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب صلاة الجماعة باب ٣١ من الشهادات

(٢) الوسائل باب ١٢٣ من ابواب مقدمات النكاح حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب صفات القاضي حديث ١

المرئة جمعة الى ان قال ولا تولى القضاء ولا تستشار. وماروى (١) عن النبى صلى الله عليه وآله انه قال لايفلح قوم ولتهم امرأة - وخبر (٢) عبدالرحمان بن كثير عن ابى عبدالله عليه السلام قال في رسالة امير المؤمنين عليه السلام الى الحسن عليه السلام لاتملك المرئة من الامر مايجاوز نفسها فان ذلك انعم لحالها وارجى لبالها وادوم لجمالها فان المرئة ريحانة وليست بقهرمانة الحديث - وما(٣) رواه ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله في حديث ولو خلقت حواء من كله لجاز القضاء في النساء كما جاز في الرجال الى غير تلكم من النصوص الكثيرة

ويمكن ان يستدل له بالروايات الناهية عن مشاورة النساء - وعن اطاعتهن - وعن ايتمانهن على مال وغيره - كخبر (٤) سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام اياكم ومشاورة النساء فان فيهن الضعف والوهن والعجز - وخبر (٥) الحسين بن مختار عنه عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام في كلامه له اتقوا شرار النساء و كونوا من خيارهن على حذر ولا تطيعوهن في المعروف فخالفوهن كي لايطمعن منكم في المنكر - وصحيح (٦) ابن سنان عنه عليه السلام في حديث قال على عليه السلام معاشر الناس لاتطيعوا النساء على حال و لاتامنوهن على مال و لاتذروهن يدبرن امرا لعيال الحديث - الى غير ذلك من النصوص الكثيرة - و هذه كما ترى دالة على عدم جواز تصدى المرئة للقضاوة ولاينفذ حكمها .

وتدل ايضاً على عدم جواز تولى المرئة الامارة وماشا كلها من المناصب وانها لاتستشار - ولكن في زماننا هذا في بعض الممالك الاسلامية يدبرون النساء الامور ويتصدون للمناصب الهامة من القضاوة والو كالة والوزارة وماشا كل وقدسا ووافيه بين النساء والرجال في جميع الامور حتى في الطلاق وما شا كله وافجع من ذلك ادعاء

---

(١) الخلاف ج٣ ص٣١١

(٢-٣) المستدرك باب ٢ من ابواب صفات القاضى حديث ١-٢

(٤) الوسائل باب ٩٦ من ابواب مقدمات النكاح

(٥-٦) الوسائل باب ٩٤ من ابواب عقد النكاح حديث ٢-٧

المتصدين لامور المملكة انذلك كله مطابق للموازين الشرعية فان الاسلام هو الذى حكم بالمساواة بين الرجل والمرئة فى جميع الشئون الاجتماعية ـ وقولهم ان الحجاب ليس من الدين وانه كما يجوز للرجال النظر الى مماثلهم يجوز لهم النظر الى النساء الى غير ذلك من مايفعلون ويقولون ـ ووصل الفساد فى المجتمع الى حد لايقبل للذكر نسئل الله تعالى ظهور ولى الامر عجل الله تعالى فرجه الشريف وحفظ المسلمين من يد الاجانب ومن عبثهم فى عقول المسلمين و نجاتهم من دسائس الرتل الخامس وهلاك كل من تسول له نفسه العبث فى بلاد المسلمين .

يعتبر فى القاضى الاجتهاد

ويعتبر فى القاضى زايدا على ماذكرناه ان يكون عالما بالاحكام عن اجتهاد **(ولا يكفيه فتوى العلماء)** بلاخلاف بل عليه الاجماع فى كثير من الكلمات ـ لما سيمر عليك من عدم جواز التصدى لمنصب القضاوة بدون اذن الامام ـ**(و)** انه **(لابد)** فى ذلك **(من اذن الامام)** و قد اذن عليه‌السلام للفقيه ان يتصدى لذلك **(و)** دلت النصوص على انه **(ينفذ قضاء الفقيه مع الغيبة اذا جمع الصفات)** المعتبرة فيه ـ توضيح ذلك انه لا اشكال ولا خلاف فى انه لا يجوز لاحد ان يتصدى لمنصب القضاوة بدون اذن من ولاة الامر من جانب الملاك العلام ويشهد بذلك جملة من الايات قال الله (١) تعالى «فلاوربك لايؤمنون حتى يحكموك فيماشجر بينهم» وقال عزوجل (٢) «فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول» وقال سبحانه (٣) «انا انزلنا اليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس» ـ وصحيح (٤) سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه‌السلام اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى (كنبى ـ خ ل) اووصى نبى ـ وخبر (٥) اسحاق بن عمار عنه عليه‌السلام قال امير المؤمنين عليه‌السلام لشريح ياشريح

---

(١) النساء آية ٦٥

(٢-٣) النساء آية ٥٩ و ١٠٥

(٤-٥) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣ـ٢

قدجلست مجلسا لايجلسه (ماجلسه خ‌ل) الانبی اووصی نبی اوشقی .

و قد اذن ولاة الامران يتصدى المجتهد الجامع للشرائط لذلك كما يشهد به النصوص .

لاحظ مقبولة ابن حنظلة (١) عن ابی عبدالله عليه‌السلام عن رجلين من اصحابنا بينهما منازعة فی دين اوميراث فتحا كما الى السلطان اوالى القضاة ايحل ذلك قال عليه‌السلام من تحاكم اليهم فی حق اوباطل فانما تحاكم الى الطاغوت ومايحكم له فانما ياخذ سحتا وان كان حقا ثابتا لانه اخذه بحكم الطاغوت وما امر الله ان يكفر به قال الله تعالى يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به قلت فكيف يصنعان قال عليه‌السلام ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر فی حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فانی قدجعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله وظهوره فی معرفة الحكم عن اجتهاد وعدم شموله لمن علم بالحكم من التقليد لاينبغی انكارهما وتضعيف الخبر كما عن بعض لاوجه له - لانه ليس فی السند من يتوقف فيه سوى داودبن الحصين وقدوثقه النجاشی فلو ثبت ماعن الشيخ ره من وقفه فالخبر موثق - وعمر بن حنظلة وقد وثقه جماعة منهم الشهيد الثانی ره وورد فی مدحه روايات و كثير من الاجلاء يروون عنه مع ان الراوی عنهما صفوان بن يحيى وهو ممن اجمعت العصابة على تصحيح مايصح عنهم. اضف الى ذلك تلقی الاصحاب اياه بالقبول فاذاً لااشكال فی الخبر سندا ودلالة.

وصحيحة (٢) ابی خديجة سالم بن مكرم الجمال قال ابوعبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه‌السلام اياكم ان يحاكم بعضكم بعضا الى اهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا (قضائنا - خ ل) فانه قدجعلته قاضيا فتحاكموا اليه - وانما

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضی حديث

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضی حديث ٥

عبر ناعنه بالصحيحة نظرا الى ان الصدوق رواه باسناده عن احمد بن عائذ وطريقه اليه صحيح واحمد نفسه موثق امامي - واما ابو خديجة فالشيخ وان ضعفه في موضع ولكنه و ثقه في موضع آخر و وثقه النجاشي و عد المصنف في كتاب الخمس خبره من الصحيح.

وقويه(١) الاخر اوصحيحه قال بعثني ابو عبدالله عليه السلام الى اصحابنا فقال قل لهم اياكم اذا وقعت بينكم خصومة اوتدارى في شيء من الاخذ والعطاء ان تحاكموا الى احد من هؤلاء الفساق اجعلوا بينكم رجلا قدعرف حلالنا وحرامنا فاني جعلته عليكم قاضيا واياكم ان يخاصم بعضكم بعضا الى السلطان الجائر - و عدم صدق العارف بالحلال والحرام على المقلد الاخذ مسائله من المجتهد - واضح كيف وان موضوع التقليد رجوع الجاهل الى العالم فلا يرتفع الموضوع باعمال الحكم.

والمرسل (٢) القوى قال الصدوق قال علي عليه السلام - قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اللهم ارحم خلفائي ثلاثا قيل يارسول الله ومن خلفائك قال الذين ياتون بعدي ويروون حديثي وسنتي - فان المتيقن مما يثبت بالخلافة هو الرجوع اليه في الاحكام والقضاء الذين هما وظيفة الرسول بما هو رسول.

والتوقيع (٣) الشريف واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله - واختصاصهما بالمجتهد ظاهر - الى غير ذلك من النصوص الخاصة.

وقديقال ان جملة من الايات والاخبار تدل على جواز تصدى غير المجتهد للقضاوة كقوله (٤) تعالى «ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل» و قوله (٥) تعالى «ياايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط» ومفهوم قوله تعالى «ومن لم يحكم بما انزل الله فاولئك هم الفاسقون كما في آية اوهم

(١-٢-٣) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ٦-٧-٩

(٤-٥) النساء آية ٥٨ و ١٣٥

الكافرون كمافی اخری (١) وقوله عليه السلام (٢) القضاة اربعة الی ان قال و رجل قضی بالحق وهو يعلم فهو فی الجنة وغير ذلك - بدعوی انه اذا علم الحكم بالتقليد فلهان يحكم بهويصدق عليه انهحكم بالقسط والعدل والحق وبماانزل الله.

وفيه اولا - انالايات ليست فیمقام بيان منله اهلية الحكم وانماهی فیمقام بيان ان منلهالحكم اذا اراد انيحكم فليحكم بالعدلوالقسط وان منله الحكم اذا حكمبغيرما انزلالله فهوفاسق او كافر - فلايصح التمسك باطلاقها لاثبات اهليةغير المجتهد للقضاء - واماالخبروماشابهه فالعلم فيه منصرف الی العلم بالاحكامعنطريق الاجتهاد ولايصدق العالم عرفا علیالمقلد الاخذ مسائله منالغير - وانشئت قلت ان وظيفة المقلد وان كان هوالعمل بما افتی به المجتهد - ولكن ذلك لايوجب علمه بالحكم كيف وجواز التقليد انماهومن باب رجوع الجاهلالی العالم - وثانيا - لوسلم اطلاقها يتعين تقييده بمامر فاذاً لااشكال فی انه ليس لغير المجتهد التصدیللقضاوة ولوتصدی لايكون حكمهنافذا.

فان قيل انمقتضی عموم ولايةالفقيه جوازنصبه القاضی كما للامام ان ينصبه فلونصبالفقيه عامياً للقضاوةجازلذلك - قلنا انه قدتقدم فیالجزء الثالث عشرمنهذا الشرح - انلادليل علیعموم ولايةالفقيه بنحويشملذلك.

حكومةالمتجزی

ثم انه بعد اعتبار النظر والاجتهاد فهل يعتبر فيه الاجتهاد المطلق ام يكفيه مطلقه فيجوز للمتجزی ان يتصدی للقضاءوفصل الخصومة و يكون حكمه نافذا - بناء علی امكان التجزی فی الاجتهاد لان ملكة الاستنباط وان كان بسيطة و البسيط لايتجزی ولايتبعض الانهاذات مراتب متفاوتة وتزيد وتنقص نظير جميع

---

(١) المائدة آية - ٤٤

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب صفات القاضی حديث٦

الصفات النفسانية فانها مع بساطتها تختلف مراتبها فی الشدة و الضعف قولان ظاهر مقبولة ابن حنظلة الدالة علی الرجوع الی العارف بالاحکام اعتبار صدق هذا العنوان وهوانما یصدق اذا کان مستنبطا لجمیع الاحکام اوجملة معتدبها منها .

وقدیقال ان مقتضی قوله عليه السلام فی خبر ابی خدیجة المتقدم فانظروا الی رجل منکم یعرف شیئا من قضایانا (اوقضائنا) الاکتفاء بالاجتهاد و لو فی مسئلة واحدة فی نفوذ حکمه ـ فیقع التعارض بینه و بین المقبولة ـ و ذکروا فی مقام الجمع بینهماامورا .

(ا)جعل من فی قوله من قضایانا بیانیة فیکون المراد فانظروا الی من یعلم قضایانا فیکون مفاد الخبر مفاد المقبولة ـ ولولم تکن لفظة من فی نفسها ظاهرة فی ذلک لکان المتعین حملها علیه جمعا بین الخبرین (وفیه)ان البیان لابد من مطابقته للمبین به ولیس فی ما نحن فیه کک فان احدهما مفرد والاخر جمع ـ نعم لو کان بدل (شیئا) (اشیاء) لکان ماذکر تاما.

-٢-العمل بکلیهما لعدم التهافت بینهما فان المقبولة تدل علی کون المجتهد المطلق نافذالحکم و مقتضی المشهورة کون المتجزی کک (وفیه) انهما حیث وردا فی مقام التحدید فیعارض مفهوم المقبولة مع منطوق المشهورة لدلالة المقبولة بالمفهوم علی ان غیر العارف بالاحکام لایجوزله التصدی للقضاء.

ـ ٣ ـ ان المشهورة مطلقة من حیث التمکن من معرفة سایر الاحکام وعدمه والمقبولة تدل علی اعتبار التمکن منها فیقید اطلاقها بالمقبولة فیکون المدار علی المقبولة ای لابد وان یکون متمکنا من معرفة سایر الاحکام(وفیه) ان المقبولة تدل علی اعتبار ان یکون عارفا بالاحکام وساکتة عن بیان التمکن من معرفة الاحکام وح ـ فیقع التعارض بینهما لانه بمقتضی المقبولة لابدوان یکون عارفا بجمیع الاحکام ومقتضی المشهورة کفایة معرفة قضیة من القضایا ـ والاخذ بالمدلول الالتزامی فی المقبولة وهو التمکن من معرفة الجمیع مع سقوط المدلول المطابقی لیس جمعا عرفیا ـ مع ـ انه حقق فی محله تبعیة حجیة الدلالة الالتزامیة للمطابقیة فاذا سقطت المطابقیة سقطت

الالتزامية بالتبع.

-٤- ان المراد من (شيئا) في المشهوره شيء معتدابه كما هو الظاهر منه لاما يشمل قضية واحدة فعلى هذا يكون مساقها مساق المقبولة في انه لابد من معرفة جميع القضايا او جملة معتد بها منها (وفيه) انه هذه دعوى لا برهان لها لانه ليس في الدليل ازيد من (شيئا من قضايانا) وحمله على ارادة الشيء المعتد به تبرعي لاشاهد له - فالاظهر انهما متعارضتان ولاشهرية المقبولة لعمل الاصحاب بها دون المشهورة تقدم المقبولة - مع انها موافقة للكتاب - فتحصل ان الاقوى انه يعتبر في القاضي ان يكون عارفا بالقضايا و الاحكام الشرعية و حيث انه ملازمة بين معرفة مقدار من الاحكام يصدق عليها هذا العنوان مع التمكن من معرفة الجميع - فالاظهر عدم جواز حكومة المتجزى مطلقا.

ثم انه حيث يكون الظاهر من المقبولة الارجاع الى من كان ناظرا في مورد الاحتياج الى الخصومة كي يصدق انه حكم بحكمهم الذي عرفه عن نظر واجتهاد بناء على ظهور الباء في كونه صلة لاسببية فقد يشكل ح امر قضاء من استنبط الاحكام بمقدمات الانسداد من باب حكومة العقل - لعدم صدق انه حكم بحكمهم العارف عن نظر - وايضاً يشكل مالو كان المرجع الاصول العقلية من جهة فقد الامارة.

و اجاب المحقق الاصفهاني عن الاشكال في المورد الاول بانه يصدق العالم والعارف على من قامت عنده الحجة القاطعة للعذر شرعية كانت ام عقلية ام عرفية كيف وقد اطلقت المعرفة على الاستفادة عن الظاهر في قوله عليه السلام (١) يعرف هذا و اشباهه من كتاب الله وقوله عليه السلام انتم افقه الناس اذا عرفتم معاني كلامنا وغير ذلك اذ غاية ماهناك الاستفادة من ظاهر اللفظ او بضميمة القرينة مع وضوح ان حجية الظواهر انما تكون ببناء العقلاء بمعنى تنجز الواقع دون جعل الحكم المماثل من العرف و كذا الامر لو كان دليل حجية الخبر بناء العقلاء - والظان بالحكم حتى بناء على الحكومة

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب الوضوء حديث ٥

ممن قامت عنده الحجة غاية الامر الحجة العقلية دون الشرعية .

وفيه (اولا) ان ادلة جواز الرجوع الى القاضى ونفوذ حكمه ـ انما تدل على الرجوع الى العارف بالاحكام وعرفت ظهور المقبولة فى اعتبار كونه عارفا بمايحكم به ايضاً ـ وارادة الحجة القاطعة للعذر منها تحتاج الى دليل وماذكر من اطلاق المعرفة على مايستفاد من الظواهر ومن خبر الثقة انمايكون من جهة ماحققناه فى محله من ان المجعول فى الامارات هو الطريقية و الكاشفية فليكن هذا الاطلاق دليلا على هذا المدعى لامن جهة اطلاق المعرفة على الحجة القاطعة للعذر (وثانيا) ان الظن فى حال الانسداد على الحكومة لايكون منجزاً للحكم بل المنجز له هو العلم الاجمالى بثبوت التكاليف اجمالا وتيجة المقدمات على الحكومة ليست حجية الظن بحكم العقل اذشأن العقل هو الادراك لا الحكم الذى هو وظيفة المولى و شانه بل نتيجتها التبعيض فى الاحتياط فعلى فرض ارادة مطلق الحجة من المعرفة والعلم لايجوز الرجوع على هذا الفرض فالصحيح ان الاشكال لامدفع عنه ـ نعم على الكشف يجوز الرجوع لان حال الظن ح حال ساير الامارات .

واما فى مورد الثانى للاشكال فيمكن ان يقال انه كمايجوز الرجوع الى العالم بالحكم كك يجوز الى العالم بعدم الحكم الذى يجب بحكم العقل موافقته وامتثاله ـ وفى موارد الاصول العقلية يكون المجتهد عالما بعدم الحكم فيرجع اليه وينفذ حكمه.

لايجوز تفويض القضاء الى المقلد

ثم انه بعد ماعرفت من ان القضاء من وظائف المجتهد وانه ليس للمجتهد اعطاء هذا المنصب لغيره ـ يقع الكلام فى انه هل يصح توكيل المجتهد غيره فى الحكم ومقدماته املا لااشكال فى جواز ان يستنيب فى بعض مقدمات واجزاء القضاء مما لايتوقف على الاجتهاد كسماع البينة بل فى تعيين الشاهدين والجرح والتعديل والتحليف وما شاكل ـ وذلك من جهة ان العمل قابل للصدور عن الغير فيشمله ادلة الوكالة ـ مع انه يمكن ان يقال ان المتعارف عند القضاة تفويض هذه الامور الى

الغير - فمقتضى اطلاق مادل على جعل المجتهد قاضيا ان له ان يفعل ما يفعله القضاة ومنها ذلك .

وبهذا يظهر ان للمجتهد الجامع للشرائط تفويض القيمومة والتولية وما شاكل الى الغير وليس ذلك من جهة عموم ولاية الفقيه كي يدفع بعدم الدليل عليه بل من جهة ان اعطاء هذه المناصب كان من وظائف القضاة كما هو المرسوم فيهم الان فقوله عليه السلام جعلته حاكما - او قاضيا - ظاهر في ان للفقيه ايضاً اعطاء هذه المناصب وحيث ان القيم الذي يجعله القاضي ظاهره هو صاحب الولاية على التصرف لا الوكيل والماذون من قبل الغير وكذلك المتولي المنصوب للوقف فجعل القيم او المتولي من الحاكم كجعله من قبل الله تعالى وليست القيمومة او التولية من شؤون ولاية المجتهد - فبموت المجتهد لا تبطل القيمومة والتولية فان المجتهد على ما ذكرناه واسطة في اثبات ذلك ويكون المنصب من قبل الله تعالى وانما بموت المجتهد ينعدم كل ما هو من شؤون ولايته لا ما هو واسطة في اثباته - هذا كله في غير الحكم .

واما الحكم والقضاء ففي المسالك انه لا يجوز تولية غيره فيه - وفي الجواهر قلت قد يقال ان لم يكن اجماع لامانع من التوكيل في انشاء صيغة الحكم من قول حكمت ونحوه نحو انشاء صيغة الطلاق الذي هو بيد من اخذ بالساق فان عمومات الوكالة سواء في تناولهما الى ان قال بل لعل ظاهر الدليل ان حجيته على حسب حجيته فله ح استنابته وله توليته بين الناس بفتاواه ولعله لذا حكي عن الفاضل القمي جواز توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بفتاواه على وجه يجري عليه حكم المجتهد المطلق وهو قوى ان لم يكن اجماع كما لهجت به السنة المعاصرين والسنة بعض من تقدمهم من المصنفين الا ان الانصاف عدم تحققه انتهى فمحصل كلامه يرجع الى الاستدلال بوجهين .

الاول عموم ادلة الوكالة (وفيه) ان شمول ادلة الوكالة لمورد يتوقف على مقدمتين - احداهما قابلية الوكيل للتصدي له كاجراء صيغة الطلاق - فلو كان الفعل مما لا يكون الوكيل قابلا للتصدي له لا يجوز التوكيل فيه - ثانيتهما عدم اعتبار

صدور الفعل عن شخص الموكل بما هو والافلا يجوز التوكيل ولذا لايجوز التوكيل فى اتيان الواجبات الشرعية كالصلاة اليومية وماشاكل فان ذلك من جهة اعتبار صدورها عن الشخص نفسه- وفى المقام كلتا المقدمتين ممنوعتان -اما الاولى فلما دل على ان الحكم منصب النبى اوالوصى ولم يؤذن لغير المجتهد التصدى له -واما الثانية - فلان ظاهر التكليف المتوجه الى شخص اعتبار صدور الفعل عن نفسه و جواز التوكيل فيه يتوقف على اقامة دليل على عدم اعتبار صدوره عن شخصه بالمباشرة - وعليه ففى المقام ظاهر الادلة اعتبار كون الحاكم هو المتصدى بنفسه للحكم فلايجوز التوكيل فيه ولو فى اجراء الصيغة .

الثانى الاستدلال بعموم مادل على ان الفقيه حجة من قبل الحجة كما ان الحجة من قبل الله تعالى - و محصله الاستدلال بعموم ادلة ولاية الفقيه (و يرده) اولا ما حققناه فى محله من عدم ثبوت الولاية للفقيه بنحو تكون ثابتة للامام عليه السلام وقد مر الكلام فى ذلك فى كتاب البيع وغيره من المواضع المناسبة فى هذا الشرح وثانيا انه على تقدير ثبوت الولاية العامة للفقيه ليس معنى ذلك ان له تبديل الاحكام الشرعية الاترى انه لايتوهم ان له ان يفوض امامة الجماعة للفاسق وليس ذلك الامن جهة ان الشارع الاقدس حكم بعدم جواز الايتمام بالفاسق فالمجتهد بل والامام نفسه ليس له تبديل ذلك - والمقام بعد دلالة الدليل على ان منصب القضاوة لايجوز التصدى له لغير المجتهد كما مر يكون من هذا القبيل كما لايخفى- فالاظهر انه ليس للفقيه تفويض منصب القضاوة الى غيره ولا توكيله فى اجراء صيغة الحكم :

قاضى التحكيم

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لو تراضى الخصمان بواحد من الرعية فترافعا اليه فحكم لزمهما حكمه و ان كان هناك قاض منصوب و يعبر عنه بقاضى التحكيم ولقد اطالوا البحث فى ذلك بما لايرجع الى محصل ينفعنا فان بحثهم فيه انما هو بالنسبة الى زمان الحضور و اما فى زمان الغيبة فلايفيد ما ذكروه قال فى المسالك

واعلم ان الاتفاق واقع على ان قاضي التحكيم يشترط فيه مايشترط في القاضي المنصوب من الشرائط التي من جملتها كونه مجتهدا وعلى هذا فقاضي التحكيم مختص بحال حضور الامام ليفرق بينه وبين غيره من القضاة بكون القاضي منصوبا وهذا غير المنصوب من غير الخصمين اما في حال الغيبة فسياتي ان المجتهد ينفذ قضائه لعموم الاذن وغيره لايصح حكمه مطلقا فلايتصور حالتها قاضي التحكيم انتهى ـ وربما يحتمل تصوره في زمان الغيبة بالمرافعة الى المفضول مع وجود الافضل بناء على اختصاص النصب به دونه ـ ولكن مع ما فيه من النظر سيظهر لك ان الحق عدم اختصاص النصب بالافضل فالاولى ترك التعرض لدليله ـ وفروعه.

نعم ـ في المقام شيء وهو انه يجوز للمتخاصمين الرجوع الى عامي مصلح بان يقيما البينة او الحلف ثم بعد ثبوت الحق لاحدهما عنده او عدمه يامرهما بالصلح او رفع يد احدهما عن دعواه به او بالهبة وماشا كل وليس ذلك من القضاء في شيء ولامانع منه (بل) ربما يدعى ان القضاء هو الحكم لاحد المتخاصمين على انه حكم الله تعالى وبعنوان الولاية الثابتة من قبل حجة الله ـ واما لو حكم لا بهذا العنوان كما في القضاة المنصوبين من قبل سلاطين العصر ـ فلامانع من حكمهم غاية الامر عليهم ان يراعوا في الحكم ثبوت الحق لمن يحكم له و العلم به بل ومع شهادة العدلين عنده بناء على حجية البينة ولكن لايجوز له تحليف المنكر لانه من وظيفة المجتهد ـ الا ان يكون الحلف لابعنوان القاطع للخصومة بل من جهة ان المسلم لايحلف كاذبا فيكون حلفه ح احد الامور الموجبة لحصول العلم أو الاطمينان فلامانع عنه بل ومن الممكن دعوى مطلوبية ذلك من باب الامر بالمعروف و النهي عن المنكر و عون الضعيف ـ و الله تعالى اعلم.

حكم مالو تعدد المجتهد

الثانية ـ اذا تعدد المجتهد في البلد فتارة لايكون احدهما اعلم من الاخر واخرى يختلفون في الفضيلة ـ فالكلام في مقامين.

الاول في صورة عدم اختلاف المجتهدين في الفضيلة فان كان احد الخصمين مدعيا والاخر منكرا فالمعروف بين الاصحاب ان اختيار تعيين الحاكم بيد المدعى (واستدل) له في المستند بانه المطالب بالحق ولا حق لغيره اولا فمن طلب منه المدعى استنقاذ حقه يجب عليه الفحص فيجب اتباعه ولا وجوب لغيره (وفيه) انه ان اريد بالحق الحق المدعى فهو غير ثابت - وان اريد به حق الدعوى فهو لا يوجب تقديم مختاره اذ بعد الدعوى يكون لخصمه حق الجواب - مع انه يمكن ان يسبق خصمه الى الحاكم ويطلب منه تخليصه من دعوى المدعى - فالصحيح ان يستدل له بالاجماع وقد ادعاه غير واحد.

واما ان كان الخصمان متداعيين فان رضيا باحدهما فلا اشكال فيه ولا كلام- وان اختار كل منهما غير من اختاره الاخر ففي ملحقات العروة لا ينبغي الاشكال في القرعة وفي المستند انه لو سبق احدهما الى مجتهد فحكم له بناء على جواز الحكم على الغائب يقدم ولو استبق كل منهما الى حاكم حكم له يقدم من حكمه اسبق وان تقارنا لم ينفذ شيء منهما اذ نفوذهما معا ممتنع ونفوذ احدهما دون الاخر ترجيح بلا مرجح وان اشتبه السابق كان المرجع هو القرعة.

اقول ماذكره ره يتم فيما اذا كان كل من المتداعيين في بلد ورجع الى حاكم ذلك البلد فحكم له من باب الحكم على الغائب - واما اذا كانا في بلد واحد فحيث ان المفروض بنائهما على الترافع وان اختلافهما انما هو في المرجع فمع سبق احدهما الى حاكم من دون رضى الاخر ليس له الحكم مع عدم حضور خصمه من باب الحكم على الغائب اذ ليس هذا مورد الحكم على الغائب حتى اذا امر باحضاره ولم يحضر اذ اللازم حضوره للترافع ولا دليل على لزوم حضوره عند هذا الحاكم وان امر باحضاره وسياتي زيادة توضيح لذلك.

المقام الثاني فيما لو كان احدهما اعلم ففيه قولان ذهب الى كل منهما جماعة وربما يدعى اشهرية تقديم الاعلم - وفي ملحقات العروة والظاهر ان مرادهم الاعلم في

البلد اومايقرب منه لاالاعلم مطلقا ولايبعد قوةهذا القول انتهى .

واستدل لتعين الاعلم (بان) مادل على الرجوع الى المجتهد فى القضاء لوروده فى مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور لااطلاق له (وبانه) لوسلم اطلاقه يقيد بمادل على الرجوع الى المرجحات عند اختلاف الحاكمين كالمقبولة (١) (وبان) الظن الحاصل من قول الاعلم اقوى نوعا فبالاتباع احرى فان اقوال المجتهدين كالادلة للمقلدين (وبانه) مقتضى مذهبنا ومبناه قبح ترجيح المفضول على الافضل (وبما) (٢) فى نهج البلاغة عن امير المؤمنين عليه السلام فى عهد طويل كتبه الى مالك الاشتر حين ولاه على مصر واعماله يقول فيه واختر للحكم بين الناس افضل رعيتك فى نفسك ممالا تضيق به الامور .

وفى الكل نظر - (اما الاول) فلان النصوص الدالة على الرجوع الى المجتهد كما تكون فى مقام بيان عدم جواز الرجوع الى قضاة الجور كذلك تكون فى مقام بيان الرجوع الى المجتهدين كيف وجملة منها متضمنة للمرجحات عند التعارض (واما الثانى) فلان المقبولة المتضمنة للترجيح بالافقهية انما هى فى صورة الحكم على الخلاف وهذا غير اعتبارها بمجرد الاختلاف بل مطلقا فكما ان ساير المرجحات المذكورة فيها من موافقة الكتاب وغيرها مختصة بتلك الصورة كذلك هذا المرجح بل صدر المقبولة يدل على عدم اعتبارها فى غير مورد الحكم بالخلاف فانها مفصلة ذكر صدرها فى الوسائل فى الباب ١١- من ابواب صفات القاضى - وذيلها الذى هو مورد الاستدلال فى الباب ٩ من تلك الابواب (مع) ان موردها الشبهة الحكمية وفصل الخصومة فيها اما بالفتوى اوبنقل الرواية وعلى اى حال فاعتبار الافقهية فى هذا المقام غير اعتبارها

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب صفات القاضى حديث ١

(٢) نهج البلاغة ص ٣٠ ج ٤ من طبعة لبنان بيروت - والوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضى حديث ٩

فیمقام الحکم والقضاء مطلقا حتیفیما کانت الشبهة موضوعية (واما الثالث) فلمنع اقوائية الظن الحاصل من قول الاعلم سيما فی الشبهات الموضوعية وفی الشبهات الحکيمة فيما اذا کان حکم غير الاعلم مطابقا لحکم الاعلم ممن قدمات ـ اذقد يتمکن غير الاعلم من الاسباب مالايتمکن منه الاعلم ـ مع ان تمام ملاك حجية حکم المجتهد ليس هوالظن کی يکون الظن الاقوی احری بالاتباع والالزم العمل بالظن الحاصل من اسباب اخر ان کان اقوی وهو باطل قطعا ـ و لا الظن الحاصل من حکم المجتهد والالزم عدم لزوم العمل به اذا لم يحصل الظن من قوله ـ بل من الجائز کون تمام الملاك للرجوع الی العالم کونه عارفا بالاحکام ولافرق بين افراده من جهة کون بعضها اعرف من بعض (واما الرابع) فلان بطلان ترجيح المفضول انما هو بالنسبة الی ماللافضلية دخل فيه ـ ولذا لم يتوهم احد عدم جواز امامة المفضول مع وجود الافضل فان الملاك فی الامامة هو العدالة ـ وفی المقام کذلك فان نفوذ الحکم انما هو من جهة نصب المجتهد بما هو مجتهد ولافرق فی ذلك بين الافضل وغيره ولذا يجوز للامام عليه‌السلام نصب القاضی من غير اشتراط تعذر الوصول اليه بل نصب امير المؤمنين عليه‌السلام فی بلد قاضيا مع تيسر الوصول اليه (واما الخامس) فلانه ليس فی مقام بيان حکم لزومی والا کان المتعين ارجاع الکل الی شخص واحد لافی کل بلد الی افضل رعية ذلك البلد بل کان المتعين تصدی مالك الاشتر بنفسه للقضاء لانه افضل من کان فی مصره قطعا .

اضف الی ذلك کله انه لوتم شیء من تلك الوجوه لزم ترجيح الاعلم مطلقا لاخصوص اعلم البلد ـ فالمتحصل مما ذکرناه انه لاوجه لتقديم الاعلم بل مقتضی اطلاق النصوص هو التخيير بين الاعلم وغيره ويعضده نصب ولاة الامر فی زمان حضورهم اشخاصا للقضاء مع انهم کانوا اعلم منهم بل کان القضاة المنصوبون بعضهم افضل من بعض نعم مع فرض تعارض حکمهما ولوفی فرض حکمهما دفعة لابد من البناء علی ترجيح حکم الافقه ـ کما لابد من البناء علی الترجيح بساير ما فی المقبولة من المرجحات ـ و لکنها ايضا فی صورة عدم تعاقب الحکمين والا فلايتصور التعارض

لان الحكم الاول ان كان عن ميزان فلايبقى مجال للحكم الثانى لفصل الخصومة بالاول والافلا يسمع حكمه كي يعارض الثاني .

ثم انه بناء على المختار من التخيير ـ هل يجوز للمجتهد غير الاعلم ان يحكم بمايراه حكم الله وان كان مخالفا لفتوى الاعلم ـ في الشبهات الحكمية ـ ام لابد وان يحكم بما يطابقها وجهان بل قولان ـ اظهرهما الاول كما يشهد به صدر المقبولة فانه انما حكم بترجيح حكم الافقه فى فرض تعارض الحجتين والافكان المتعين العمل بمايحكم به احدهما وان كان هو غير الاعلم ـ وهذا الباب غير باب التقليد ولذا يجب على المجتهد اذا كان احد المتخاصمين ان يعمل بحكم الحاكم وليس له التقليد فتدبر .

حكم اخذ الاجرة على القضاء

الثالثة فى اخذ الاجرة على القضاء بين الناس اقوال وفى الجواهر فقد اضطربت فيه كلمات الاصحاب اضطرابا شديدا انتهى ـ واليك جملة منها .

قال الشيخ فى محكى النهاية لاباس باخذ الاجرة والرزق على الحكم والقضاء بين الناس من جهة السلطان العادل ـ وقال المفيد لاباس بالاجرة فى الحكم والقضاء بين الناس والتبرع بذلك افضل و اقرب الى الصلاح ـ وقريب من ذلك ماعن القاضى وقال ابو الصلاح يحرم الاجر على تنفيذ الاحكام ـ وقال ابن ادريس يحرم الاجر على القضاء وهذا القول محكى عن جماعة من القدماء والمتاخرين بل هو المنسوب الى المشهور .

وقال المصنف ره فى محكى المختلف الاقرب ان نقول ان تعين القضاء عليه اما بتعيين الامام عليه السلام له او بفقد غيره او بكونه الافضل و كان متمكنا لم يجز الاجر عليه وان لم يتعين او كان محتاجاً فالاقرب الكراهة ـ و قريب منه ما عن المحقق فى الشرايع .

وقد استدل على المنع مطلقا بخبر (١) يوسف بن جابر قال ابو جعفر عليه السلام لعن رسول الله صلى الله عليه وآله من نظر الى فرج امرأة لا تحل له ورجلا خان اخاه فى امرئته ورجلا احتاج الناس اليه لتفقهه فسألهم الرشوة - بتقريب ان المراد من قوله صلى الله عليه وآله فسئلهم الرشوة مطلق الجعل فى مقابل الحكم ولو كان بالحق امالانه حقيقة فيه او انه اطلق عليه الرشوة تاكيد اللحرمة و ان ظاهر قوله صلى الله عليه وآله احتاج الناس اليه الاحتياج الى نوعه لاالى شخصه - وبصحيح (٢) عمار عن ابى عبدالله عليه السلام كل شيء غل من الامام فهو سحت والسحت انواع كثيرة منها ما اصيب من اعمال الولاة الظلمة ومنها اجور القضاة واجور الفواجر الحديث بناء على ان الاجر فى العرف يشمل الجعل - وبحسن (٣) ابن سنان سئل ابو عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين ياخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال ذلك السحت - بتقريب ان ظاهره وان كان كون القاضى منصوباً من قبل السلطان الجائر الا انه يشمل من هو قابل فى نفسه للتصدى - ويحمل الرزق من السلطان على ما يبذل من غير بيت المال بازاء القضاء بقرينة كلمة على الدالة على المقابلة - وبخبر (٤) الجعفريات فقد جعل الامام عليه السلام فيه من السحت اجر القاضى .

ولكن فى الكل نظر ا- اما الاول فلان الرشوة كما عن المجمع عبارة عما يجعل على الحكم بالباطل وقد مر الكلام فيه فى الجزء الحادى عشر من هذا الشرح مفصلا فلا تشمل ما يبذل بازاء الحكم بالحق - فان قيل ان ظاهر الخبر بقرينة اطلاق قوله رجلا احتاج الناس اليه لتفقهه ارادة مطلق ما يبذل لبذل الفقه - قلنا انه على فرض ثبوت كون الرشوة ما يدفع بازاء الحكم بالباطل لايكون تلك الجملة قرينة لارادة الاعم منها بل المستفاد من الخبر ان الملعون هو الصنف الخاص من الرجل الذى احتاج

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضى حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٢ كتاب التجارة

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٤) المستدرك باب ٥ من ابواب ما يكتسب به حديث ١٢

الناس اليه لتفقهه. اضف الى ذلك كله ضعف الخبر فى نفسه لجهالة يوسف وبعض آخر من رجال السند .

واما الثانى ومثله الرابع فلان منصرفه اوظاهره ولو بملاحظة العهد القضاة المنصوبون من قبل السلطان الجائر .

واما الثالث فلان الظاهر من الحسن هو ما يؤخذ من السلطان من بيت المال اومن جوائزه وحيث انه ستعرف جواز الارتزاق من بيت المال اذا كان القاضى جامعا للشرائط فيتعين حمله على ما اذا كان فى نفسه غير قابل لذلك وحرمة اخذه الرزق ح واضحة كما سياتى وهى غير مربوطة بما نحن فيه .

واستدل للقول بالجواز مطلقا بخبر (١) ابن حمران قال سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول من استاكل بعلمه افتقر قلت ان فى شيعتك قوما يتحملون علومكم ويبثونها فى شيعتكم فلايعدمون منهم البر والصلة و الاكرام فقال عليه السلام ليس اولئك بمستأكلين انما ذلك الذى يفتى بغير علم ولاهدى من الله ليبطل به الحقوق طمعا فى حطام الدنيا فان الظاهر منه حصر الاستيكال المذموم بما اذا كان باخذ المال فى مقابل الحكم بالباطل اومع الجهل بالواقع فمقتضى مفهومه جواز الاستيكال مع العلم بالحق والحكم به (واورد عليه) بان الحصر اضافى بالنسبة الى الفرد الذى ساله السائل فمفهومه عدم الذم على ذلك الفرد دون ساير الافراد (واجيب عنه) بانه خلاف الظاهر (وايد) الاستاد الايراد ووجهه بانه لما توهم السائل ان من يحمل العلوم ويبثها فى الشيعة ووصل اليه منهم البر والاحسان من دون ان يطالب من المستاكل بعلمه المذموم اجاب عليه السلام بان ذلك ليس من الاستيكال المذموم و ان المستاكل هو الذى يفتى بغير علم لابطال الحقوق - وعليه فمفهوم الحصر هو العقد السلبى المذكور فى الخبر صريحا ولايكون الخبر متعرضا لحكم ساير الافراد .

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١٢

(وفيه) انه وان لم يثبت كون انما من اداة الحصر اذ كما افاده الشيخ الاعظم ره انه لامرادف لها فى عرفنا اليوم من اللغة العربية وغيرها ولا هى تستعمل بنحو يمكن تشخيص معناها فلايعلم انها تدل على الحصر ام لا ـ و تمام الكلام فى محله ولكن على فرض تسليم ذلك لاينبغى التوقف فى دلالة الخبر على الحصر بالاضافة الى جميع الافراد اذ لو كان المراد ما ذكره لما كان وجه للتقييد بقوله بغير علم ولا هدى من الله ليبطل به الحقوق ـ و بعبارة اخرى ذكر خصوص هذا الفرد وحصر المذموم فيه مع عدم كونه موردا للسؤال كاشف عن ارادة الحصر بالنسبة الى جميع الافراد فالايراد فى غير محله .

و الحق ان يورد عليه بمنع افادة انما للحصر ـ وبضعف الخبر لتميم بن بهلول وابيه .

واستدل للقول الثالث بانه فى صورة تعين القضاء عليه لايجوز اخذ الاجر لما دل على عدم جواز اخذ الاجرة على الواجب وفى صورة عدم التعين وعدم كونه محتاجا لايجوز الاخذ لما دل من النصوص على المنع من اخذ الاجر على القضاء المتقدمة ـ و اما فى صورة عدم التعين والحاجة فيجوز الاخذ للعمومات بعد اختصاص نصوص المنع بصورة الاستغناء .

اقول اما فى صورة التعين فقد تقدم الكلام مفصلا فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح فى جواز اخذ الاجرة على الواجب وبينا ان الوجوب من حيث هو لا يصلح مانعا عن صحة الاجارة وانه يجوز اخذ الاجرة على الواجب ـ واما فى صورة عدم التعين فقد مر عدم دلالة النصوص على المنع ـ وعلى فرض الدلالة عليه لم يظهر لى وجه اختصاصها بصورة الاستغناء ـ فتحصل مما ذكرناه انه لادليل على المنع من اخذ الاجر على القضاء فلابد من الرجوع الى ما تقتضيه القاعدة ـ وهى تقتضى جوازه سواءاً كان المراد به مايبذل بازاء الحكم بالحق ام كان المراد به مايبذل بازاء تقلد منصب القضاوة والتهيأ لحسم المرافعات سواء دفعت اليه خصومة ام لا لانه عمل محترم فلايذهب هدرا .

وقدظهرمما ذكرناه جواز اخذ الاجرة على تبليغ الاحكام الشرعية وتعليم المسائل الدينية ـ وقد استدل على المنع بان تبليغ الاحكام واجب اما مطلقا بالنسبة الى كل من اراد التعلم كما عن جامع المقاصد اوفى خصوص ما هو محل الابتلاء اوان الواجب التهيأ للتعليم وانه اذا اراد احد تعلمها يكون قادرا عليه كما اختاره استاذنا المحقق الشيرازى ـ ولايجوز اخذ الاجرة على الواجب ـ و بخبر يوسف بن جابر المتقدم ـ وبالاطلاقات الناهية عن اخذ الرشوة على الحكم ـ وفى الكل نظر ـ اما الاول فلما مر من جواز اخذ الاجرة على الواجب وان الوجوب من حيث هو لاينافى صحة الاجارة واخذ الاجرة ـ واما الثانى ـ فلما تقدم من ضعف سنده وغيره ـ واما الثالث فلما عرفت من عدم صدق الرشوة على ما يؤخذ باذاء الحكم بالحق و بيان الاحكام .

حكم ارتزاق القاضى من بيت المال

بقى فى المقام مسائل ـ احداها انه هل يجوز ارتزاق القاضى من بيت المال املا ـ والارتزاق انما هو الاخذ من بيت المال بسبب كون الشخص قاضيا مثلا اومؤذناً اونحو ذلك وهو منوط بنظر الحاكم من دون ان يقدر بقدر خاص بخلاف الاجرة فانها تحتاج الى تقدير العوض وضبط المدة وتقدير العمل .

ثم ان القاضى ان كان جامعا لشرائط القضاوة يجوز ارتزاقه من بيت المال كما هو المشهور بين الاصحاب سواء كان منصوبا من قبل السلطان العادل ام كان منصوبا من قبل السلطان الجائر وفرض كونه منصوبا من قبل الجائر مع كونه جامعا لشرائط القضاوة انما يكون فيما اذا كان غرضه من قبول المنصب قضاء حوائج الشيعة وانقاذهم من المهلكة والشدة والتحبب الى فقرائهم .

و كيف كان فيشهد للجواز (ان) بيت المال معد لمصالح المسلمين كانت تحت يد العادل اوتحت يد الجائر وهذا من مهماتها لتوقف انتظام امور المسلمين عليه ـ

(ومرسل) (١) حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث طويل في الخمس والانفال والغنائم قال والارضون التي اخذت عنوة فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها ثم ذكر الزكاة وحصة العمال الى ان قال و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك ارزاق اعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينوبه من تقوية الاسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة الحديث -(وما) كتبه(٢) امير المؤمنين عليه السلام في عهد طويل الى مالك الاشتر حين ولاه على مصر واعمالها يقول فيه واعلم ان الرعية طبقات الى ان يذكر القضاة وصفاتهم ومايعتبر فيهم ثم قال واكثر تعاهد قضائه وافسح له في البذل ما يزيح علته وتقل معه حاجته الى الناس واعطه من المنزلة لديك مالا يطمع فيه غيره (و يؤيده) خبر (٣) الدعائم عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال لابد من قاض ورزق للقاضي و كره ان يكون رزق القاضي على الناس الذين يقضي لهم ولكن من بيت المال.

واستدل لعدم جواز الارتزاق من بيت المال اما مطلقا أو في ما اذا كان منصوبا من قبل السلطان الجائر بحسن (٤) عبدالله بن سنان عن ابي عبدالله عليه السلام عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق فقال عليه السلام ذلك السحت (و لكن) الظاهر منه اومنصرفه هو القاضي المنصوب من قبل السلطان الجائر - و ان ابيت عن ذلك فهو محمول على ذلك بعد الجمع بينه و بين ما تقدم من مادل على جواز الارتزاق.

واختار بعض عدم جواز الارتزاق مع تعين القضاء عليه معللا بوجوب القضاء عليه فلايجوز له اخذ العوض كما في ساير الواجبات (وفيه) ما تقدم من ان الارتزاق من بيت المال غير الاجرة - مع انه لامانع من اخذ الاجرة على الواجب كمامر.

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ٢-٩

(٣) المستدرك باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ٢

(٤) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضي حديث ١

وعن جماعة عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجة وعن المسالك انه الاشهر- (واستدل) له - بان المسلم جواز الارتزاق من بيت المال مع الحاجة ولو بواسطة تقلد منصب القضاوة المانع من التكسب - وبان بيت المال معد للمحاويج (ولكن) يردهما ان بيت المال معد لمصالح المسلمين كان القائم بالمصالح محتاجا ام لم يكن كك - اضف الى ذلك اطلاق الخبرين - نعم - اذا لم يكن القاضى واجداً لشرائط القضاوة المقررة فى الشريعة كجل القضاة المنصوبين من قبل سلاطين الجور لايجوز ارتزاقه من بيت المال لعدم كونه من موارد مصرف بيت المال ولحسن ابن سنان.

حكم اخذ القاضى الهدية

ثانيتها - هل يجوز للقاضى اخذ الهدية وهى مايبذله على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له ام لا يجوز قولان اختار جماعة منهم الشيخ الاعظم وصاحب الجواهر الحرمة وقد استدل له بوجوه.

الاول مادل على حرمة الرشوة بدعوى انها تصدق على الهدية ايضا (وفيه) ان الرشوة هى ما كان بازاء الحكم لامايبذل بداعى الحكم ولا اقل من ان هذا هو المتيقن منها - ويشهد له جعل ذلك فى مقابل الرشوة فى خبر (١) الاصبغ.

الثانى عموم مناط حرمة الرشوة وهو صرف القاضى عن الحكم بالحق للمقام (وفيه) انه لاقطع بالمناط كى يصح التمسك بتنقيح المناط والالحرم المدح له وتعظيمه والمبادرة الى سماع قوله وقضاء حوائجه ونحو تلكم.

الثالث قوله تعالى(٢) «لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل» بتقريب ان المال الذى يهدى قبل الحكم الى القاضى ليورث المودة الموجبة للحكم له وان لم يقابل بالداعى الذى دعى الى البذل فى الصورة الا انه فى اللب والواقع قوبل به (و فيه)

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب مايكتسب به حديث ١٠

(٢) النساء آية ٢٩

ماتقدم مرارا من ان الدواعي لاتقابل بالمال ولذا لايضر تخلف الداعى بلزوم المعاملة وصحتها.

الرابع مادل على حرمة الاعانة على الاثم (وفيه) انه قدمر فى الجزء الحادى عشر من هذا الشرح انه لادليل على حرمة الاعانة على الاثم.

الخامس ماتضمن زجر النبى صلى الله عليه وآله عمال الصدقة عن اخذهم للهدية كالنبوى(١) المروى عن ابى حميد الانصارى والذى نفسى بيده لايقبل احد منكم شيئاً الاجاء بـه يوم القيامة يحمله على عنقه (وفيه) انه ضعيف السند لايعتمد عليه فى الحكم.

السادس ما (٢) عن عيون الاخبار باسناده عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن على عليه السلام فى قوله تعالى « اكالون للسحت » قال هو الرجل يقضى لاخيه الحاجة ثم يقبل هديته (وفيه) مضافاً الى ضعف سند الخبر ان ظاهره حرمة اخذ الهدية المتاخرة عن قضاء الحاجة وحيث انه لم يفت احد بالحرمة فى الفرض فيتعين حمله على الكراهة و رجحان التجنب عن قبول الهدايا من اهل الحاجة اليه لئلا يقع فى الرشوة يوماً فان ذلك اولى من حمله على الهدية المتقدمة مقيداً لها بما اذا كانت بداعى الحكم له بالباطل كما لايخفى.

السابع (٣) خبر الاصبغ عن امير المؤمنين عليه السلام ايما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة وعن حوائجه ان اخذ هدية كان غلولا وان اخذ الاجرة فهو مشرك (وفيه) مضافاً الى ضعف سنده لابى الجارود وسعد الاسكاف- انه يدل على حرمة اخذ الوالى الهدية لااخذ القاضى لها ولعل وجه حرمته ماذكره بعض الاكابر من انها تكون عن كره وخوفاً من ظلمه وجوره اويحمل على الكراهة اوغير ذلك من المحامل المذكورة فى المطولات.

---

(١) المبسوط كتاب القضاء فصل فيما على القاضى فى الخصوم والشهود

(٢-٣) الوسائل باب ٥ من ابواب مايكتسب به حديث -١١-١٠

الثامن ماورد(١)من ان هدايا العمال غلول وفى آخر سحت (وفيه) مضافا الى ضعف السند انه اما ان يراد من هذه النصوص مايهديه العمال الى الرعية اويكون المراد ما يهديه العمال الى الولاة وعلى اى تقدير تكون اجنبية عن المقام اما على الاول فواضح فانها تكون من النصوص المتضمنة لعدم جواز اخذ جوائز السلطان وعماله ـ واما على الثانى فلما مر فى سابقه.

فتحصل انه لادليل على حرمة اخذ الهدية فالاقوى جوازه سواء أكانت متقدمة على الحكم او متاخرة عنه ـ و سواء أكانت للروابط الشخصية ام قربة الى الله تعالى ام كانت بداعى الحكم بالباطل او بالحق اوالاعم منهما لعموم دليل صحة الهبة و جوازها.

حكم المعاملة المحاباتية مع القاضى

ثالثها فى حكم المعاملة المشتملة على المحابات مع القاضى ونخبة القول انه (تارة) لايقصد من المعاملة الا المحابات التى فى ضمنها لا بمعنى عدم انشاء المعاوضة اصلا فان ذلك خروج عن محل الكلام ـ بل بمعنى ان المقصود الاصلى من المعاملة ايصال الزايد الى القاضى ليحكم له وبعبارة اخرى كان قصده للمعاملة تبعيا مقدميا لاجل ان يتوصل الى المحابات (و اخرى) يقصد المعاملة و لكن يجعل المحابات لاجل الحكم له بمعنى ان الحكم له من قبيل الشروط التى تواطيا عليها التى هى بحكم التى صرح بها فى العقد(وثالثة) يقصد المعاملة ويحابى فيها لاجل جلب قلب القاضى

اما فى الصورة الاولى فقد يقال بالحرمة من جهة كون الناقص من الرشا المحرم (و فيه) ان الرشا هو بذل المال بازاء الحكم و فى المقام المال انما يبذل بازاء الثمن غاية الامر ان الداعى هو الحكم(واستدل) المحقق التقى ره لها بان عنوان

---

(١) لم اعثر على اصل لهما فى كتب الاحاديث نعم بمضمونهما روايات فى بحار الانوار ج٢٣ ص١٤ من طبع الكمبانى ـ وفى الوسائل فى باب ٨ من ابواب آداب القاضى ـ هدايا الامراء غلول

الرشا يصدق على نفس المعاملة (و فيه) ان عنوان المعاملة ينطبق على بذل المال بازاء الثمن وقبول صاحب الثمن فالمقابلة انما هى بين المالين وليس غير ذلك شيء يقابل بالحكم كي يكون هو الرشاء ـ نعم بعض ما استدل به على حرمة الهدية يدل على حرمة المعاملة المحاباتية لكن عرفت ما فيه فالاظهر عدم الحرمة.

واما فى الصورة الثانية فان قلنا بان الشرط حتى مثل هذا الشرط غير المذكور يقسط عليه الثمن يحرم اعطاء مقدار ما قابل الشرط لكونه رشوة و الا فحكم هذه الصورة حكم الصورة الاولى واولى بعدم الحرمة الصورة الثالثة كما لا يخفى.

وقد قوى الشيخ الاعظم الانصارى ره فساد المعاملة المحابى فيها ـ واستدل له فى جميع الصور بالنصوص (١) الدالة على بقاء المال على ملك الراشى باى طريق كان ـ وفى الصورة الثالثة بان ذلك مقتضى النهى عن الرشا الصادق على المعاملة فى المقام ـ وبان اعطاء الرشوة صادق على دفع المبيع الذى حابى فى معاملته فيكون الدفع حراماً وهو لا يجامع صحة المعاملة اذ صحتها ملازمة لوجوب الدفع ـ وفى الصورة الثانية بان الشرط الفاسد مفسد.

و فى الكل نظر اما الاول فلان غاية ما يستفاد من النصوص بقاء المال على ملك الراشى ان لم يكن بعقد من العقود ـ مع انه عرفت عدم صدق الرشوة على المعاملة المحابى فيها ـ واما الثانى فيرده ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها كما مر تحقيقه مع ان صدق الرشوة عليها ممنوع ـ واما الثالث فلان الدفع الواجب بمقتضى المعاملة الواقعة لا يكون مصداقا للرشا ـ اضف اليه انه لا يتاتى فيما كان مقبوضا قبل المعاملة او كان فى حكم القبض مما هو ثابت فى الذمة ـ واما الرابع فلما تقدم فى محله من ان الشرط الفاسد لا يكون مفسداً ـ فالمتحصل ان الاظهر عدم حرمتها وصحة المعاملة و لزومها.

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب آداب القاضى

حكم ما يؤخذ بحكم قاضي الجور

الرابعة ـ قد عرفت انه يحرم على من ليس اهلا للقضاء ان يتصدى لمنصب القضاوة ولاينفذ حكمه وانه لايجوز الترافع اليه ـ وقد مرمايدل على جميع ذلك.

انما الكلام في المقام في حكم المال الذي يؤخذ بحكمه و فيه اقوال(١) انه حرام وان كان الاخذ محقا ـ وهو المشهور بين الاصحاب نعم استثنى بعضهم من ذلك مورداسيأتي (٢) الفرق بين المأخوذ بالترافع الى قضاة الجور وبين المأخوذبالترافع الى غيرهم ممن ليس اهلاللحكم ـ فيجوز التصرف في الثاني ان كان محقا ولا يجوز في الاول مال اليه السيد في ملحقات العروة (٣) التفصيل بين العين والدين فيجوزفي الاول دون الثاني ـ وفي الجواهر فلابد من حمل الخبرين على الاعم من ذلك لكن على معنى ان اصل ثبوت الاستحقاق للدين اوالعين قد كان بحكمهم الباطل لاانهما ثابتان بالحكم الحق واخذهما قد كان بحكم الطاغوت.

والاظهر هو الثاني لقوله عليه السلام في المقبولة المتقدمة من تحاكم اليهم في حق او باطل فانما تحاكم الى الطاغوت وما يحكم له فانما ياخذ سحتا وان كان حقاً ثابتا له ـ (ودعوى) ان السحت صفة الفعل لا المال فالخبر يدل على حرمة الاخذ وهي مما لا كلام فيه ـ وحيث انه عالم بانه ماله فيجوز له التصرف فيه كساير امواله (مندفعة) بظهور الهيئة سيما بواسطة قوله عليه السلام وان كان حقاً ثابتاً له في كونه صفة للمال الماخوذ (فان قيل) يختص الخبر بالدين ولا يشمل العين اذ احتمال خروج العين عن ملكه بعيد (قلنا) ان تخصيص الخبر بالدين مضافاً الى منافاته للاطلاق ياباه مافي صدر المقبولة من فرض التنازع في الدين والميراث ـ والاستبعاد المذكور يندفع بانه لا مانع من صيرورته حراماً بالعنوان الثانوي ولا يلتزم بخروجه عن ملكه.

وما افاده السيد بانه يمكن حمل الخبر على انه بمنزلة السحت في العقاب لانه يحرم التصرف فيه اوان التصرف فيه محرم بالنهي السابق (يرد عليه) مضافاً الى عدم معنى معقول لثبوت الحرمة بالنهي السابق وان افيد ذلك في الخروج عن الدار الغصبية و ـ

لكن بينا في محله فساده - انه حمل لاشاهد له ورفع لليد عن الظاهر بلا قرينة - (كما) ان حمله على ما اذا كان حقه ثابتاً بمقتضى حكمهم لا في الواقع - خلاف الظاهر لان ظاهره الثبوت واقعاً.

فان قيل ان خبر (١) ابن فضال قال قرأت في كتاب ابى الاسد الى ابى الحسن الثاني عليه السلام وقرأته بخطه سأله ما تفسير قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام - فكتب عليه السلام بخطه الحكام القضاة ثم كتب تحته هو ان يعلم الرجل انه ظالم فيحكم له القاضي فهو غير معذور في اخذه ذلك الذى قد حكم له اذا كان قد علم انه ظالم - يدل على التخصيص (قلنا) اولا ان الخبر لوروده في تفسير الاية الكريمة يدل على حصر الباطل بهذا المورد ولا يدل على حصر الحرام به - وثانيا - انه لا يكون مختصاً بقضاة الجور بل هو اما مختص بقضاة العدل - او مطلق يحمل عليهم بقرينة المقبولة المختصة بقضاة الجور - فالاظهر حرمة المأخوذ وان كان الاخذ محقا من غير فرق بين العين والدين - نعم - المقبولة مختصة بقضاة الجور فيختص ذلك بهم وفي غيرهم يرجع الى ما يقتضيه القواعد وهو عدم حرمة التصرف اذا علم انه محق - غاية الامر انه ان كان حقه دينا لابد وان يكون لمورد من موارد جواز التقاص ان لم يعط الخصم ذلك برضاه والا فلا اشكال فيه ايضاً - ثم انه فيما ياخذه بحكم قاضي الجور ان اذن الحكام الشرعي في جواز التصرف يجوز له ذلك

ثم انه قد استثنى من عدم جواز التصرف و ان كان محقا - مورد و هو ما اذا انحصر استنقاذ حقه بالترافع عند قاضي الجور اما لعدم رضى الطرف الاخر الا بالترافع اليه اولعدم وجود الحاكم الشرعي او نحو ذلك - قالوا كما عن جماعة انه يجوز الترافع اليه ويحل ما ياخذه.

ونسب الى الاكثر المنع - واستدل له - باطلاق النصوص - وبانه اعانة على الاثم - وبان الترافع اليه امر منكر وهو حرام .

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب صفات القاضي حديث ٩

وفى الكل نظر ـ لان جميع هذه الادلة محكومة بحديث (١) نفى الضرر ـ اضف اليه انه لادليل على حرمة الاعانة على الاثم لاسيما فى مثل المقام ـ كما مر الكلام فيه مفصلا فى المكاسب المحرمة و لايبعد دعوى اختصاص المقبولة التى هى المدرك لحرمة التصرف فيما ياخذه وان كان حقا بغير هذا المورد لفرضه النزاع بين رجلين من اصحابنا وحكم الامام عليه السلام برجوعهما الى المجتهد الجامع للشرائط بعد سؤاله فكيف يصنعان فتدبر ويؤيد الجواز فى هذه الصورة ـ الاخبار (٢) الدالة على جواز الحلف كاذبا بالله تعالى لدفع الضرر المالى قال صاحب الجواهر ره ولعله المراد من خبر (٣) على بن محمد قال سألته هل ناخذ فى احكام المخالفين مما ياخذون منا فى احكامهم فكتب عليه السلام يجوز ذلك انشاءالله تعالى اذا كان مذهبكم فيه التقية والمداراة لهم ـ بناء على ما فى الوافى من ان المراد هل يجوز لنا ان ناخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم يعنى اذا اضطررنا اليه كما اذا قدمه الخصم اليهم ـ وفيه تامل لعدم ربطه بالمقام ـ هذا كله فيما اذا كان حقه ثابتا بالعلم الوجدانى او التعبدى من جهة قيام الحجة عليه ـ واما فى صورة الجهل فحديث نفى الضرر لايصلح لرفع الحرمة لعدم ثبوت الضرر المالى كى ينفى الحرمة بدليل نفيه وعلى فرض حكمهم فلايجوز اخذه لعدم ثبوت الحق بحكمهم ـ

ما يثبت به اجتهاد القاضى

الخامسة ـ يثبت اجتهاد القاضى وولايته بالتبع بالعلم الحاصل من الاختبار لمن كان من اهل الخبرة او الحاصل من القرائن ـ او الشياع والاستفاضة ـ لان طريقية العلم ذاتية غير قابلة للانفكاك عنه ـ وبشهادة العدلين من اهل الخبرة ـ لعموم ادلة حجية البينة ـ بل وبخبر العدل الواحد بناء على ما هو الحق من حجيته فى الموضوعات

---

(١) الوسائل باب ٧ـ١٢ من كتاب احياء الموات وباب ٥ من ابواب الشفعة وباب ١ من ابواب موانع الارث

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب الايمان

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

وقد مر الكلام فى ذلك فى غير موضع من هذا الشرح والمقصود فى المقام التعرض لماعن جماعة من كفاية الظن الحاصل من الشياع فى ثبوت الاجتهاد والولاية .

وقداستدلوا له بمرسل(١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقيمت على الحق ايحل للقاضى ان يقضى بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة فقال عليه السلام خمسة اشياء يجب على الناس ان ياخذوا فيها بظاهر الحكم - الولايات - والتناكح - والمواريث والذبائح - والشهادات - فاذا كان ظاهره ظاهرا مامونا جازت شهادته ولايسأل عن باطنه - بتقريب ان المراد من الحكم هى النسبة الخبرية - وظهور هذه النسبة عبارة عن الشيوع والاستفاضة - فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بهذا الظهور الخبرى فى هذه الامور الخمسة - التى منها الولايات - ومنها هذه الولاية - وبصحيح (٢) حريز عن ابى عبدالله عليه السلام المتضمن لقصة اسماعيل حيث انه دفع دنانيره الى رجل بلغه انه يشرب الخمر و استهلكها الرجل ولم يأته بشىء منها و الحديث طويل و فيه يقول الامام عليه السلام فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم و لاتأتمن شارب الخمر - بتقريب انه عليه السلام امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس انه يشرب الخمر وعبر عن المقول فيه بشارب الخمر وهو عبارة عن الشياع - وبان الظن الحاصل منه اقوى من الظن الحاصل من البينة العادلة - وبانه يعسر اقامة البينة عليه كالنسب وعليه فيجرى فيه مقدمات الانسداد بتقريب ان تحصيل العلم به عسر و كذلك البينة العادلة و يلزم من اجراء اصالة عدم الاجتهاد تفويت الحقوق والاحتياط متعذرا ومتعسر فلامناص عن التنزل الى الظن الحاصل لقبح ترجيح المرجوح على الراجح .

وفى الكل نظر - اما الاول فلان الظاهر منه ارادة النسبة من الحكم لا الخبرية وظهور النسبة عبارة عن ظهور الحال وهو غير ظهور الخبر عنها وشيوعه الاترى انه ربما تكون عدالة زيد او ولديته لعمر وظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا والشاهد

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم حديث١

(٢) الوسائل باب ٦ من الوديعة حديث١

على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره قوله عليه‌السلام في ذيل المرسل فاذا كان ظاهره... الخ فانه صريح في ان الظاهر قبال الباطن وعن بعض نسخ التهذيب ظاهر الحال بدل ظاهر الحكم وعليه فالامر اوضح - فيكون المتحصل من الخبر انه في هذه الموارد الخمسة يجوز الاخذ بظاهر الحال ففي مورد الشهادات مثلا - اذا كان الشاهد ظاهر الصلاح عند الناس تقبل شهادته - واما الثاني فلان المامور به فيه ليس ترتيب آثار الواقع باجمعها بل خصوص ماينفع المخبر اليه ولايضر المخبر عنه - وان شئت قلت انه يدل على تصديق المخبر ولايدل على العمل على طبق قوله - ويشهد لماذكرناه قوله عليه‌السلام في خبر (١) آخر كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال قولا فصدقه وكذبهم فانه امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق قول الواحد وليس ذلك الا لماذكرناه - واما الثالث فلانه لم يثبت كون ملاك حجية البينة افادتها الظن بل الثابت خلافه فلذا تكون حجة مع الظن بالخلاف ايضاً فضلا عن عدم الظن بالوفاق - واما الرابع فلان تحصيل العلم اوقيام البينة العادلة اوخبر الواحد على المختار لايكون عسرا - فتحصل ان الاظهر عدم ثبوت الاجتهاد بالشياع الظني.

لا يجوز نقض حكم الحاكم

السادسة - حكم الحاكم الجامع للشرائط لايجوز نقضه ولو لمجتهد آخر بل يجب عليه ايضا امضائه بلاخلاف فيه في الجملة وفي المستند والظاهر انه اجماعي ونقل الاجماع عليه مستفيض ويشهد له قوله عليه‌السلام في المقبولة (٢) فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد والراد علينا الراد على الله تعالى وهو على حد الشرك بالله - وهذا مما لا كلام فيه - انما الكلام في موردين:

---

(١) الوسائل باب ١٥٧ من احكام العشرة حديث ٤ كتاب الحج

(٢) ذكر قطعة منها في الوسائل باب ٩ وقطعة منها فيها باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

الاول انه اذا نظر المجتهد الثانی فتبین له خطائه هل یجوز له نقضه ام لا - ففی جملة من الکتب کالقواعد والارشاد والشرایع انه یجوز النقض فی هذه الصورة ویحتمل ان یکون مرادهم صورة العلم الوجدانی کما صرح به فی خصوص هذه الصورة جماعة وفی ملحقات العروة لایجوز له نقضه الا اذا علم علما قطعیا بمخالفته للواقع بان کان مخالفا للاجماع المحقق او الخبر المتواتر او اذا تبین تقصیره فی الاجتهاد - ففی غیر هاتین الصورتین لایجوز له نقضه وان کان مخالفا لرأیه بل وان کان مخالفا لدلیل قطعی نظری انتهی (والظاهر) من هذه العبارة ان المستثنی عنده خصوص ما اذا کان التقصیر فی الاجتهاد عمدا اوسهوا اونسیانا وفی غیر هذه الموارد لایجوز النقض .

وحق القول فی المقام - انه اذا احرز تقصیر الحاکم فی الاجتهاد وان الحکم جار علی خلاف موازین الاستنباط یجوز نقضه لعدم کونه حکما بحکمهم - ولان الحکم الجاری علی خلاف موازین الاستنباط یوجب الفسق فی بعض الموارد و هو یمنع عن نفوذ حکم الحاکم - وان علم عدم تقصیره فی الاجتهاد ولو باحراز عدالته .

فان احرز خطاء اجتهاده ومخالفته للواقع بدلیل اجتهادی لا بدلیل موجب للعلم الوجدانی لایجوز نقضه لان مورد المقبولة التی هی مستند عدم جواز النقض انما هو التنازع فی المیراث والدین الظاهر فی التنازع فی الحکم الکلی مع استناد کل من المجتهدین الی حجة غیر ما یکون مستند الاخر - ولذلک فی مقام الترجیح حکم اولا بترجیح الافقه والاعدل والاوثق - وبعد فرض السائل تساویهما من هذه الجهات حکم بانه یعمل بمستند کل منهما کان واجدا لاحد مرجحات الروایة عند التعارض - فان التزم بجواز النقض بالاجتهاد لزم خروج المورد ففی هذا المورد لاینبغی التوقف فی عدم جواز النقض .

وان احرز مخالفة حکمه للواقع بالعلم الوجدانی فجواز النقض مع ان مقتضی اطلاق المقبولة عدمه مبتن علی کون وجوب القبول وجوبا طریقیا وحجیة الحکم نظیر حجیة الخبر علی نحو الطریقیة لا الموضوعیة - وهو خلاف الظاهر جدا سیما بعد ملاحظة مورد المقبولة کما هو واضح (ودعوی) ان الموضوع هو حکمه بحکمهم

وهذا في الفرض معلوم العدم ومعه لاوجه لعدم النقض (مندفعة) بان الموضوع ليس هو الحكم بالحكم الواقعي بل بما هو كك في نظره والالماحرم النقض مع الحجة على خلافه بل مع الشك في كونه كك لعدم احراز قيد موضوعه (فتحصل) ان الاظهر بحسب الادلة عدم جواز النقض في هذا المورد ايضا - اللهم الاان يدعى الانصراف عن ذلك لاسيما ومن البعيد جدا وجوب قبول حكم بخلاف ما انزل الله تعالى ويكون الراد عليه كالراد على الله تعالى - اويدعى الاجماع على جواز النقض في هذا المورد ايضا .

الثاني انه اذا انكر المحكوم عليه حق المحكوم له فحضرا عند الحاكم الثاني وادعى المحكوم له الحق وانكر غريمه وتمسك المحكوم له بحكم الحاكم الاول - فهل يجوز للحاكم الثاني ان ثبت عنده حكم الحاكم الاول الحكم له به كما يجوز له الحكم بالبينة والحلف ام لا وبعبارة اخرى ان الحكم السابق هل هو طريق لاثبات الحق كالبينة واليمين والاقرار ام لا - الظاهر هو الاول فانه اذا ثبت عنده حكم الحاكم الاول يكون ذلك حكم الله في حق المتخاصمين وغيرهما عنده فيجب عليه الحكم بمقتضاه - وفي المستند - و يمكن ان يكون قوله عليه السلام في بعض الروايات المتقدمة وسنة قائمة اشارة الى ذلك ايضا - وهو حسن (وماذكره) بعضهم من انه وان وجب للحاكم الثاني امضائه عليه و لكن لايجوز له الحكم لجواز ابتناء الاول على فتوى مخالفة لرأيه (منظور فيه) فان كون ما حكم به الحاكم الاول حكم الله في حقهما اجماعي بل ضروري لايحتمل المخالفة فرأى المجتهد الثاني ان هذا حكم الله في حقهما وفتواه ذلك وان كان مخالفا لرأيه مع قطع النظر عن ذلك الحكم .

بيان ما به يثبت حكم الحاكم

ثم انه وقع الكلام في ان الحاكم الثاني اذا لم يحصل له العلم الوجداني بحكم الحاكم الاول هل له الاعتماد على الطرق الظنية و يمضي الحكم السابق - ام

---

(١) الوسائل باب ٦- من ابواب صفات القاضي حديث ١٧

ليس له ذلك ـ والطرق التى اختلفوا فيها ثلاثة .

الاول مجرد الكتابة بان يكتب قاض اما مطلقا او الى خصوص هذا الحاكم انى حكمت لفلان او على فلان بكذا ـ فالمشهور بين الاصحاب عدم اعتبارها بل لاخلاف فيه ظاهرا بل عن القواعد والمختلف و التحرير دعوى الاجماع عليه ـ وعن الاسكافى القول باعتبار الكتابة اذا كان المورد من قبيل حقوق الناس ـ وعن ظاهر المحقق الاردبيلى الميل اليه بل فى حقوق الله ايضا .

اقول لاريب فى ان محل الكلام ليس ما لوحصل له العلم من الكتابة ولايظن ان يلتزم احد بالفرق بينها وبين السماع منه اذ العبرة ح بالعلم الحاصل منها الذى هو حجة ذاتا ـ و كك اذا حصل الاطمينان الذى هو علم عادة ـ بل محل الكلام ما اذا لم يحصل منها شيء منهما لاحتمال التزوير ـ و كم له من نظير ـ اوعبث الكاتب وعدم قصده ما فيها اوبان يكون متن الكتابة بغير خط الحاكم وقد امضاه الحاكم وبعد ذلك اضيف الى المتن بخط الكاتب نفسه اوماشابه ذلك ـ والظاهر عدم اعتبارها ح لتوقف الحجية والاعتبار على الدليل و الاصل فى الظن بالحجية مساوق للعلم بالعدم كما حقق فى الاصول ـ ويشهد به مع ذلك خبر(١) السكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام انه كان لايجيز كتاب قاض الى قاض فى حدولاغيره حتى وليت بنوامية فاجازوا بالبينات ونحوه خبر(٢) طلحة بن زيد .

الثانى اخبار الحاكم الاول مشافهة انى حكمت بكذا ـ وفى انفاده و وجوب اعتباره وعدمهما قولان ـ الاول للمصنف فى القواعد والارشاد والشهيدين فى الدروس والمسالك على ماحكى ـ والثانى للخلاف والنافع ـ وتردد فيه بعضهم (واستدل) للاول ـ بان حكم الحاكم حكم الامام والرد عليه حرام ـ و بانه اقوى من الشاهدين (ويرد) الاول انه لا كلام فى ان حكم الحاكم حكم الامام انما الكلام فى انه هل يثبت حكم الحاكم باخباره ام لا ـ ويرد الثانى ان كونه اقوى من الشاهدين ممنوع اذهما عدلان وهو عدل

(١ـ٢) الوسائل باب ٢٨ ـ من ابواب كيفية الحكم

واحد وقول العدلين حجة دون الواحدعندالمشهور ـ اقول لا كلام ايضاً في انه اذا انضم الى اخباره مشافهة او كتابة قرائن مفيدة للعلم ولو العادى منه بصدور الحكم يجب اعتباره فانه ح حكم بعلم ـ و لا فعلى المختار من حجية الخبر الواحد في الموضوعات الاما خرج بالدليل كباب المرافعات بالنسبة الى ماهو محل الدعوى لابد من البناء على وجوب اعتباره فان الحكم ح وان كان بغير علم وجدانى الا انه بعلم تعبدى ـ وعلى القول بعدم حجيته فالاظهر هو عدم الوجوب والانفاذ.

الثالث الشهادة على حكمه ـ فعن جماعة عدم قبولها مطلقا ـ وقيل بعدم القبول ان كانت البينة مجردة عن الاشهاد اى لم يشهد هما الحاكم الاول على حكمه في الواقعة والقبول ان اشهدهما وهو مذهب المحقق في النافع على المحكى بل قيل بعدم الخلاف فيه بين الاصحاب كافة ـ وقيل بالقبول مطلقا.

واستدل للاول ـ بالاصل ـ و بما في ذيل خبرى السكونى وطلحة المتقدمين من قوله عليه السلام فاجازوا بالبينات ـ ويرد الاول ماسياتى من الدليل على حجية البينة مطلقا والثانى ضعف السند وظهورهما في ان البينة التى كانت بنوامية يجيزونها انما هى على صحة الكتابة لا على اصل الحكم.

واستدل للثانى فى صورة عدم الاشهاد بمامر وفى صورة الاشهاد ـ بالاجماع ـ وبمسيس الحاجة اليه فى اثبات الحقوق مع تباعد البلاد و تعذر فعل الشهود او تعسرها وعدم مساعدة شهود الفرع ايضا على التنقل والشهادة الثالثة غير مسموعة ـ وبانها لو لم تقبل لبطلت الحجج مع تطاول المدة ولادى الى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة والاظهر هو قبول الشهادة مطلقا لعموم مادل على حجية البينة ـ وقد مضى مرارا ـ وسياتى فى باب الشهادات ايضا.

حكم الحاكم على من لا تقبل شهادته عليه

السابعة ـ ذكر جماعة منهم المحقق و المصنف في جملة من كتبه انه لا ينفذ

قضاء القاضي على من لايقبل شهادته عليه ولا لمن لايقبل شهادته له - واستدلوا - له بان الحكم شهادة وزيادة - وهو كما ترى - فالاظهر هو نفوذ حكمه عليه كحكم الولد على والده - وكذا ينفذ حكمه لمن لايقبل شهادته له كحكمه لمن يجر بحكمه له نفعا لاطلاق الادلة وعدم المانع الا ان يكون اجماع وهو غير ثابت - والقياس على الشهادة لاوجه له.

وقد يقال ان الظاهر قيام الاجماع على انه ان كان للحاكم منازعة مع غيره لاينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير ولو بان يوكل غيره في المرافعة معه فترافعا اليه قالوا بل يجب الرجوع الى حاكم آخر وقد ادعاه في المستند وملحقات العروة وهو الظاهر من المسالك والشرايع وغيرهما حيث ذكروا ذلك ذكر المسلمات ولكن في الجواهر بل دعوى التزام ذلك في حاكم الغيبة فلا ينفذ حكمه على من كانت بينه وبينه خصومة لم يخرج بها عن العدالة في غير تلك الخصومة من المنكرات خصوصاً بعد قوله جعلته حاكما عليكم وهو حجتي عليكم والراد عليه كالراد علينا ونحو ذلك ولعله لذا حكى عن بعضهم اختصاص المنع بقاضي التحكيم انتهى.

واستدل للاول بالاجماع وباخبار رجوع المتنازعين الى من عرف احكامهم ونظر في حلالهم وحرامهم فاللازم ان يكون الحاكم غيرهما و بما دل على تنازع النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع الاعرابي في ثمن الناقة والفرس وتنازع ولي الله مع عقيل وعباس.

ولكن الاجماع كما عرفت غير ثابت وعلى فرضه كونه تعبديا غير معلوم ولعل المستند احد الاخيرين - واما اخبار رجوع المتنازعين فليس في كثير منها الامر برجوع المتنازعين الى العالم كي يؤخذ باطلاقه او بظهوره في مغايرة المامور بالرجوع مع من يرجع اليه هذه هي مقبولة (١) ابن حنظلة لاحظها فانه بعد سئله عن ما يصنعان - قال عليه السلام ينظران من كان منكم قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا - فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فانها باطلاقها تشمل مالو

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

كان ذلك العالم هو احد المتخاصمين وليس بازائه مايكون ظاهرا في اعتبار المغايرة واوضح من ذلك خبر (١) ابي خديجة ـ اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا فقد جعلته عليكم قاضيا ـ ونحوهما غيرهما فلاحظها وتدبر ـ مع ان عموم العلة في التوقيع (٢) الشريف فانهم حجتي عليكم يقتضي نفوذ حكمه على خصمه مع اجتماع الشرائط ـ واما مادل (٣) على تنازع النبي مع الاعرابي ـ فيرده اولا ان غاية مايستفاد منه على فرض الدلالة جواز الرجوع الى الغير لاعدم نفوذ حكم الحاكم لو حكم ـ وثانيا انه يمكن ان يكون الخصم في المورد لم يكن يرضى الا بذلك ـ وثالثا ان ما تضمن قضية النبي صلى الله عليه وآله وسلم مع الاعرابي يدل على العكس فانه يدل على انهما بعد ما رجعا الى علي عليه السلام فبمجرد تكذيب الاعرابي النبي صلى الله عليه وآله وسلم قتله علي عليه السلام فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم فعلت ياعلي ذلك قال يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انا نصدقك على امر الله ونهيه وعلى امر الجنة والنار والثواب والعقاب ووحي الله عزوجل ولا نصدقك على ثمن ناقة الاعرابي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اصبت ياعلي فالاظهر هو نفوذ حكم الحاكم الجامع للشرائط لنفسه على الغير المخاصم له.

ثم انه على فرض البناء على المنع للاجماع ـ فللحاكم ان ينقل حقه الى الغير ثم يرجع ذلك الغير مع الخصم اليه فانه لا ينبغي الاشكال في نفوذ حكمه لذلك الغير وان انتقل اليه بعد ذلك باقالة و نحوها ـ او كان بالفسخ بان كان النقل اليه بشرط الخيار لنفسه.

ولو كان الحاكم وصيا لليتيم فهل ينفذ حكمه له ام لا ـ قال في محكي التحرير فيه نظر ينشأ من كونه خصما في حقه كما في حق نفسه ومن ان كل قاض فهو ولي الايتام ـ اقول بناء على ماعرفت من ان مقتضى القاعدة هو نفوذ حكمه لنفسه فنفوذ حكمه لمن له عليه الوصاية واضح فلو قيل بالعدم للاجماع فهو الفارق بين الوصي

(١ـ٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ٦ـ٩

(٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب كيفية الحكم

والولی الذی لاتختص الولایة به - واما بناء علی عدم نفوذ حکمه لنفسه للاخبار فنفس تلك الاخبار تدل علی عدم جواز حکمه لمن له علیه الوصایة فان المنازع فی الحقیقة هو الوصی لا الیتیم فنصوص رجوع المتنازعین الی الغیر تشمله ، وح یبقی سئوال الفرق بین الوصایة والولایة الثابتة للقاضی علی الایتام والفرق بان ولایته انما هی فی طرف عدم الوصی لایفید فان مورد النقض ما لو لم یکن هناك وصی وادعی احد علی شیء من اموال الیتیم وتصدی القاضی بنفسه للنزاع بعنوان الولایة علی الیتیم فان التزم بانه ینفذ قضائه له اوقضاء قاض آخر الذی هو ایضاً له الولایة عاد الاشکال ولایمکن الالتزام بانه لاینفذ قضاء احد وان المال لابد وان یبقی حتی یکبر عاقلا - اللهم الا ان یدعی الاجماع علی النفوذ فی خصوص المورد - وما ذکرناه یجری بعینه فی ما لو کان للحاکم ولایة خاصة کالابوة.

ولو کان المنازع شریك المولی علیه لجهة مشترکة بینهما کالارث فلا اشکال ولا کلام فی انه ینفذ حکم الحاکم للشریك وانه انتقل الیه من مورثه - ویلزم من ذلك نفوذه للمولی علیه ایضاً و ان کان یرجع امره بالولایة للملازمة بینهما - والمثبت لاحد المتلازمین مثبت للاخر - وما ذکر فی وجه عدم نفوذ حکم الحاکم لنفسه من الاجماع وانصراف اخبار نفوذ حکم الحاکم فی حق نفسه - لایجری فی الفرض فان الحکم انما هو للغیر وثبوته للمولی علیه انما هو بالملازمة.

وبما ذکرناه یظهر حکم مسألة اخری و هی انه لو کان للحاکم شرکة مع غیره ووقع النزاع بینهما وبین غیرهما کما لو تنازع هو واخوه مع غیره فی مال مشترك بینه وبین اخیه من طرف الارث فانه لا اشکال فی نفوذ حکمه فی حصة اخیه لعموم الادلة وعدم المانع - ویثبت به حقه بالملازمة بناء علی ماهو الحق من حجیة الحجة فی مثبتاتها الا ان یکون اجماع علی النفوذ فی حصة نفسه کما ادعاه فی المستند ولکنه کما تری وقد فصل السید فی ملحقات العروة - بین ما اذا کانت الدعوی فی عین و قد قسمها مع ذلك الغیر وافرز حصته وحکم بثبوت حق الحاکم ایضا فی تلك الحصة - وبین ما اذا کانت فی عین قبل القسمة اوفی دین وحکم بعدم الشرکة معه - واستدل للاول بقاعدة الاقرار

وفيه مضافا الى مامر من انه يثبت حقه مطلقا بالملازمة ـ انه لو قطع النظر عن ذلك ففى مفروض المسألة انما ينفذ حكم الحاكم فى حصة من تلك العين التى هى لاخيه فاقراره بالشركة انما هو اقرار بان الحصة الاخرى غير هذه للحاكم فلا يكون من قبيل الاقرار على النفس حتى يكون جائزا كما لا يخفى .

لو تبين خطاء الحاكم فى حكمه

الثامنة لو تبين للحاكم خطائه فى حكمه انتقض بلا كلام لعدم بقاء حكمه ـ وح فان كان ذلك قبل العمل به فلا اشكال ـ وان كان بعده فان كان فى قتل او قطع فلا شىء على الحاكم قطعا لفرض عدم تقصيره ولا جوره فى الحكم بل تكون الدية من بيت المال لخبر (١) الاصبغ بن نباتة قال قضى امير المؤمنين عليه السلام ان ما اخطأت القضاة فى دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين ـ الا ان يكون المحكوم له عالما بفساد دعواه ومع ذلك اقدم عليها فان عليه القصاص لكونه السبب فى ذلك هكذا استدل له ـ ولى فى ذلك نظر ان لم يكن اجماع ـ لو لم يتصد المحكوم له للقطع او القتل ـ لاطلاق الخبر اللهم الا ان يقال ان الخبر انما هو منصرف الى مالو كان القتل والقطع بغير حق مستنداً الى خطاء القضاة خاصة واما لو كان ذلك من جهة الخصومة العدوانية ـ او شهادة الزور وماشاكل فلا يكون مشمولا للخبر فيشمله مادل على ان القصاص والدية ح على الشاهد او المنازع عدوانا وهذا هو الاظهر ـ وان كان فى مال فان كان المال موجودا استرد بلا كلام وان كان تالفا فان اخذه المحكوم له وهو عالم بعدم كونه له ضمن عوضه لقاعدة اليد والاتلاف وان كان عالما بفساد دعواه ولم ياخذ المال فالظاهر كون ضمانه عليه لانه السبب فى تلف المال ـ و ان لم يكن عالما بفساد دعواه ففيه اقوال ـ ١ ـ ماعن المشهور وهو كون ضمانه على بيت المال ـ ٢ ـ انه ان اخذه المحكوم له فعليه الضمان

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب آداب القاضى

والافلاضمان على احد اختاره السيد فى ملحقات العروة ـ٣ـ عدم الضمان على احد مطلقا اختاره فى المستند .

واستدل للاول بفحوى خبر الاصبغ المتقدم ـ وبصحيح(١) عبدالرحمن بن الحجاج قال كان ابوعبدالله عليه‌السلام قاعدا فى حلقة ربيعة الرأى فجاء اعرابى فسأل ربيعة الرأى فاجابه فلما سكت قال له الاعرابى أهوفى عنقك فسكت ربيعة و لم يرد عليه شيئا فاعاد المسألة عليه فاجابه بمثل ذلك فقال له الاعرابى أهو فى عنقك فسكت ربيعة فقال ابوعبدالله عليه‌السلام هو فى عنقه قال اولم يقل و كل مفت ضامن ـ وبالاجماع (ولكن) الفحوى غير قطعية ـ و الصحيح ظاهر فى الاثم على تقدير التقصير اوعدم الاهلية اوضمان العوض اذا كان سببا لاتلافه بفتواه مع كونه مقصرا اوغير اهل بل الظاهر منه خصوص الاول ـ لعدم الضمان المصطلح فى كل فتوى قطعا ـ مالم توجب اتلاف مال او نفس ـ وعليه فالمراد بالضمان هو الاثم والاجر ـ واما الاجماع فهو غير ثابت .

واستدل للقول الثانى لعدم الضمان مع عدم الاخذ بعدم ثبوت يده عليه فلاضمان عليه ولاعلى الحاكم لكونه ماذونا شرعا ـ وللضمان معه بقاعدة اليد (وفيه) ان قاعدة اليد انما تكون عقلائية ممضاة شرعا (٢) لاتعبدية صرفة وهى انما تكون لاجل احترام المال ولاريب فى سقوطه مع كون التسليط مجانيا امامن المالك او باذن الشارع الاقدس ولذا اشتهر بينهم بان كل مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ـ ولتمام الكلام محل آخر ـ فالاظهر عدم الضمان على احد .

هذا كله اذا كان الحاكم غير مقصر فى الاجتهاد اوفى مقدمات القضاء ولم يكن الحكم عن جور ـ والافان كانت الدعوى فى قتل اوقطع كان الضمان عليه ان لم يكن المحكوم له ظالما فى دعواه اولم يكن مباشرا للقطع اوالقتل ـ وان كان ظالما فيها

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب آداب القاضى حديث ٢

(٢) سنن بيهقى ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

ومباشراً له كان الضمان عليه لان المباشر اقوى من السبب - وان لم يكن مباشرا له و كان ظالما فی دعواه فالمحكوم عليه او وليه مخير بين القصاص منه او من الحاكم وان كانت الدعوى فی مال - فان لم يكن المحكوم له ظالما فی دعواه كان الضمان على الحاكم - وان كان ظالما فيها كان المحكوم عليه مخيرا بين الرجوع عليه - او على الحاكم - هذا فی صورة التلف والا فيأخذ عين ماله على جميع التقادير - .

فی ادعاء المحكوم عليه عدم اهلية الحاكم

التاسعة اذا ادعى المحكوم عليه بعد المرافعة والحكم عدم اهلية الحاكم لعدم اجتهاده أو فسقه أو تقصيره فی مقدماته أو جوره فيه فتارة تكون الدعوى متوجهة الى المحكوم له - واخرى تكون متوجهة الى الحاكم .

فان كانت متوجهة الى المحكوم له ففيه اقوال (١) انه لا تسمع الدعوى مطلقا صرح به الشهيد قده واستوجهه المحقق (٢) انه لا تسمع الدعوى مع عدم البينة اختاره جماعة منهم المحقق العراقی ره وهو الظاهر من المصنف فی بعض كتبه (٣) سماعها مطلقا اختاره السيد فی ملحقات العروة .

اقول مقتضى عموم ما دل على(١) ان البينة على المدعی واليمين على من انكر وغيره من ادلة سماع الدعوى هو الاخير ای سماع الدعوى مطلقا .

واستدل للاول بان الحاكم امين الامام وفتح هذا الباب موجب لعدم اجراء الاحكام والطعن فی الحكام فلا يقبلون القضاء (وفيه) ان كونه امينا فی زمان الغيبة فرع ثبوت اجتهاده وعدالته فعلى فرض ثبوت الفسق او عدم الاجتهاد لا يكون امينا

واستدل للثانی (بان) السماع بدون البينة يلزم منه الفساد (وبانه) ليس حقا لازما يثبت بالنكول ولا يمين الرد (ويرد) الاول بمنع لزوم الفساد كيف وقد يدعی

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

على الحاكم نفسه بدعاو- متضمنة لتفسيقه - مع انه من عدم السماع قد يلزم ضياع حق خطير سهل الاثبات او اتلاف دم او تحليل بضع وماشاكل - ويرد الثانی انه ان ادعی علی المحکوم له بان ما اخذه لم یکن بالاستحقاق لعدم اهلية الحاكم فكيف لایکون حقا لازما ولایثبت بالنکول ورد الیمین وسیاتی زيادة توضيح له فالاظهر سماع دعواه.

و ح فان كان المحكوم له هو الذی اختاره للحکومة کما اذا کان المحکوم علیه غایبا حین الحکم یکون المدعی هو المحکوم له فعلیه اثبات الاهلية ان كانت الدعوى عدم الاهلية - وان كانت هو تقصیره فی المقدمات او جوره فی الحکم فالمدعی هو المحکوم علیه فعلیه الاثبات- وان كان المحکوم علیه هو الذی اختاره للترافع او كان مختارا فی الرجوع اليه یکون هو المدعی لحمل فعله علی الصحة و کون الحاکم اهلا وعلی ذلك فان لم یکن للمحکوم له بینة ولکن المحکوم علیه اقر بذلك فهل یکون هذا الاقرار ملزما ام لا ربما یقال بعدم کونه ملزما -(ولعله الی ذلك یرجع الوجه الثانی المذکور لعدم سماع الدعوی مع عدم البینة - او یکون ذلك وجها آخر له) فانه یستتبع لرد حکم الغیر الذی هو ضرر علیه والاقرار غیر مسموع فی ضرر غیره - ویترتب علی ذلك عدم مثبتیة حلف انکاره فلانه غیر مثبت لحق الغیر اذ لیس مثله شان الحلف کما سیجیء (وفیه) اولا النقض بما لو کذب الحالف نفسه فانه لا اشکال ولاخلاف فی انه یسمع وان كان ذلك بعد حكم الحاكم - وثانیا بالحل وهو انه اذا انطبق علی امر عنوانان احدهما انه اقرار علی نفسه و الاخر انه اقرار علی غیره فمن الجهة الاولی یحکم بنفوذه ولایکون نافذا من الجهة الثانية ولاتکون جهة الثانية مانعة عن النفوذ من الجهة الاولی اذ غایة الامر ان هذه الجهة لاتقتضی نفوذه من جهتها لا انها تقتضی عدم النفوذ من الجهة الاولی -مثلا اذا كان مورد دعوی ثلاثة اشخاص عینا خارجية فاقر احدهم كون العین لاحد خصمیه المعین یکون هذا الاقرار بالنسبة الی عدم کونها ملکا له نافذا - وبالنسبة الی عدم کونها ملکا للثالث غیر نافذ - والمقام من هذا القبیل فان اقرار المحکوم علیه ینفذ من جهة لزوم رد المال وان لم یکن نافذا من حیث کونه مثبتا لعدم اهلية الحاكم .

وان كانت الدعوى متوجهة الى الحاكم نفسه فقد صرح جماعة بسماع الدعوى مع البينة بل صرح العلامة الكني ره بنفي صراحة كلمات القوم في عدم سماعها مع البينة والاستدلال للعدم بما مر قد عرفت جوابه ـ واما مع عدم البينة فربما يستند الى الاصحاب عدم السماع .

واستدل له بعدم انتهاء الدعوى الى ميزان لانه اما اقرار او حلف انكار او غيرهما ولا يكاد يتم واحد منها في المقام ـ اما الاقرار فلانه غير نافذ بالنسبة الى الغير ـ واما الحلف فلانه لا يثبت حق الغير ـ واورد عليه بانه يمكن سماع اقرار الحاكم بفساد حكمه ـ بقاعدة(١) من ملك شيئاً ملك الاقرار به الموجبة لنفوذ الاقرار حتى في حق الغير (وفيه) انه لو تمت القاعدة فانما هو في صورة احراز مالكيته للمقر به نفيا واثباتا واما لو كان مفاد الاقرار نفي سلطنته على المقر به من جهة عدم الاهلية فلا مجال لسماعه لانه ح يلزم من وجوده وعدمه ـ وما يلزم من وجوده عدمه محال ـ فالاظهر عدم السماع في هذه الصورة هذا كله اذا لم تكن الدعوى موجبة للضمان او التعزير على الحاكم خاصة والا فينعكس الامر اي ما ذكرناه في توجيه الدعوى الى المحكوم له يجري في توجيهها الى الحاكم ـ وبالعكس العكس كما لا يخفى .

في آداب القاضي

(و) العاشرة المشهور بين الاصحاب انه **(يستحب)** للقاضي امور لم يرد بكثير منها نص ولكن ذكرها الاصحاب وعللوا استحبابها بامور تمر عليك ـ وهي **(الاعلان بوصوله)** وقدومه ان لم يشتهر خبره ـ وطلب من يسأله ما يحتاج اليه من امور بلده ليكون فيها على بصيرة من امره .

(والجلوس في وسط البلد) ليسهل وصول الناس اليه ويسوى بين الخصوم في مسافة الطريق ـ وان يجلس في حالة القضاء **(مستدبر القبلة)** ليكون وجه الخصوم اليها ـ قيل وينبغي استقبال القبلة بنفسه لكونه خير المجالس .

---

(١) قاعدة عقلائية ـ ومصطادة من موارد خاصة ستاتي الاشارة اليها عند التعرض لها

(والسئوال عن الحجج والودائع وارباب السجن وموجبه) لانهامن شئون القضاء - وليعلم تفاصيل احوال الناس ويعرف حقوقهم وحوائجهم ويخلص من يجب اطلاقه .

(وان يفرق الشهود خصوصا مع التهمة) لصحيح (١) معاوية بن وهب وغيره المتضمنة تفريق امير المؤمنين عليه السلام الشهود - ثم قال عليه السلام الله اكبر انا اول من فرق بين الشهود الادانيال النبي الحديث .

(و) ينبغي ايضا **(مخاوضة العلماء)** ليعاونوه في المسائل المشتبهة - الى غير ذلك من الامور المذكورة في المطولات **(ويكره القضاء مع شغل القلب بالغضب والجوع والعطش والهم والفرح وغيرها)** من المشغلات - ففي قوى (٢) السكوني عن الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من ابتلى بالقضاء فلايقضى وهو غضبان وفي مرفوع (٣) احمد قال امير المؤمنين عليه السلام لشريح لاتشاور احدا في مجلسك وان غضبت فقم ولاتقضين وانت غضبان - قال وقال ابوعبدالله عليه السلام لسان القاضي وراء قلبه فان كان له قال وان كان عليه امسك وفي خبر (٤) سلمة عن علي عليه السلام ولاتقعد في مجلس القضاء حتى تطعم - الى غير ذلك من النصوص.

(و) يكره ايضا **(اتخاذ الحاجب وقت القضاء)** للعلوى (٥) ايما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله تعالى عنه يوم القيامة وعن حوائجه الحديث ونحوه النبوى قال الشهيد الثاني في المسالك ونقل الشيخ فخر الدين عن بعض الفقهاء انه حرام عملا

---

(١) الوسائل باب ١٩ من ابواب كيفية الحكم

(٢-٣) الوسائل باب ٢ - من ابواب آداب القاضي حديث ١-٢

(٤) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضي حديث ١

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب مايكتسب به حديث ١٠

بظاهر الحديث وقربه مع اتخاذه على الدوام بحيث يمنع ارباب الحوائج و يضربهم وهوحسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضائه على الفور والحديث يصلح شاهدا عليه وان كان مفيداللكراهية للتسامح في ادلته انتهى- اقول انه ان وجب عليه القضاء و كان الاحتجاب موجباً لمخالفة الواجب فقد عصى وهو واضح- والا فلا دليل على حرمته وانما يحكم بالكراهة للرواية المنجبر ضعفها بالعمل.

قالوا (و) يكره ايضاً (**تعيين قوم للشهادة**) لما يترتب عليه من التضييق على الناس والغضاضة من العدول غير المرتب و لان ذلك لم يؤثر عن السلف ولكن الظاهر ان ذلك لايصير منشئاً للفتوى بالكراهة.

(و) قالوا ايضا يكره **(الشفاعة الى الغريم في اسقاط حقه)** خوفا من ان لايسمع فيصير مهتوكاً- وهو كما ترى.

قضاء القاضي بعلمه

الحادية عشر **(و)** المشهور بين الاصحاب بل المجمع عليه انه **(يقضي الامام بعلمه)** -ولكن هذا البحث كجملة من الابحاث المعنونة في الشرايع وغيرها لاربط له بنا- فانه ليس لنا تعيين وظيفة الامام **(و)** عليه فالمهم هو البحث في (**غيره**)- وفيه اقوال -١- انه يقضي به مطلقا وهو المشهور بين الاصحاب بل عن الانتصار والغنية والخلاف ونهج الحق الاجماع عليه-٢- انه لايقضي به مطلقا نسب الى الاسكافي وعن بعضهم نسبته الى السيد ايضا- و لكنه اشتباه فان السيد غلط الاسكافي في اشد التغليط وخطأه -٣- انه يقضي به(**في حقوق الناس**) خاصة كما في المتن و عن ابن حمزة - وربما نسب الى الحلي -٤- انه يقضي به في حقوق الله خاصة وهو المحكي عن المختصر.

والاول اظهر وذلك لوجوه -١- عموم مادل (١) من الايات والروايات على لزوم

---

(١) المائدة آية ٨- النساء آية ٥٨- ص آية ٢٦- والوسائل باب ٥ من ابواب صفات القاضي

الحكم بالحق والقسط والعدل ـ وان من لم يحكم بما انزل الله فهو كافر اوفاسق وماشابه ذلك من التعابير فاذا حكم وجب على الناس متابعته لمادل (١) على لزوم قبول الحكم وانه لايجوز نقضه وان الراد على الحاكم الراد على الامام وهو كالراد على الله تعالى (واورد عليه) المحقق العراقى ره بانه ان كان المراد من الحكم والقسط والعدل هو الحكم والحق واخويه فى نفس الواقعة كان الاستدلال تاما ولكن لازم ذلك كون القضاء من آثار نفس الواقع لامن آثار الحجة عليه وينافيه ح مافى قوله عليه السلام (٢) رجل قضى بالحق وهو لايعلم اذ الظاهر منه عدم جواز مثل هذا القضاء واقعاً لا وضعاً ولا تكليفاً ـ وعليه ففى مقام الجمع يحتمل امور منها ارادة الحق والقسط والعدل والحكم على القسط فى مقام الفصل و كذا الحق فى هذا المقام قبال الباطل الناشىء عن غير ميزانه وعليه فلابد من احراز ذلك من الخارج ولا يكون هذه العمومات متعرضة للصغرى (وفيه) ان الظاهر من الايات و الروايات هو المعنى الاول ـ ولا ينافيها الخبر المشار اليه فان غاية مدلوله اعتبار العلم فى القضاء زايدا على كون القضاء بالحق فيعمل بالجميع ولامحذور فيه والمفروض فى المقام ثبوت القيدين معاً.

٢ـ عموم الادلة الدالة على الحكم مع وجود الوصف كقوله تعالى (٣) «والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما» وقوله تعالى (٤) «الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» والخطاب للحكام فاذا علم الحاكم بالوصف عمل به ـ ٣ـ ادلة (٥) الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ـ

مرفوع (٦) ابن ابى عمير الى ابى عبدالله عليه السلام القضاة اربعة ثلاثة فى النار وواحد

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى

(٢ـ٦) الوسائل باب ٤ من ابواب صفات القاضى حديث ٦ـ٧

(٣) المائدة آية ٣٩ (٤) النور آية ٢

(٥) آل عمران آية ١١٠ و ١٠٤ ـ الحج آية ٤١ والوسائل باب ١ من كتاب الامر بالمعروف و ١١٠/٤ من جهاد النفس وابواب اخر منهما

فى الجنة الى ان قال ورجل قضى بالحق وهو يعلم فهو فى الجنة - وبمضمونه روايات اخر ودلالته على المطلوب ظاهرة - واورد عليه المحقق العراقى ره بانه يدل على نفوذ حكمه فى حقه وحق كل من علم بكون علمه مطابقا للواقع كى يحرز به كون قضائه بالحق عن علم واما الشاك فى مطابقته للواقع فلم يحرز كونه قضاء بالحق وان علم كونه حاكماً به باعتقاده وعلمه (وفيه) ان الذى نريد اثباته بالخبران للقاضى ان يحكم بعلمه واما نفوذ حكم الحاكم الصادر عن الموازين فى حق الغير فالمثبت له الادلة الاخر لاهذا الخبر فتدبر جيدا .

٥- خبر (١) الحسين بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام الواجب على الامام اذا نظر الى رجل يزنى اويشرب الخمر ان يقيم عليه الحد ولايحتاج الى بينة مع نظره لانه امين الله فى خلقه الحديث وتقريب الاستدلال انه يدل على ان للامام ان يقضى بعلمه وعلل ذلك بانه امين الله وهذه العلة موجودة فى الحكام فى زمان الغيبة - لما تضمن (٢) انهم امناء او امناء الرسل اوالعلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه اوما ورد (٣) فى الفضلاء الاربعة بريد بن معاوية وابى بصير ومحمد بن مسلم وزرارة انهم اربعة نجباء امناء الله على حلاله وحرامه الى غير ذلك من النصوص المتضمنة لما يقرب هذه المضامين .

٦- اتفاق الامامية على انكارهم على ابى بكر فى عدم حكمه بفاطمة عليها السلام مع علمه بعصمتها وطهارتها وانها لاتقول الاحقاً.

ثم انه قد استدل له بوجوه اخر غير تامة لكنها لاباس بذكرها تاييدا - منها الاجماع المنقول - ومنها مافى المسالك قال لان العلم اقوى من الشاهدين الذين لايفيد قولهما عند الحاكم الامجرد الظن ان كان فيكون القضاء به ثابتا بطريق اولى -

---

(١) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٢) اصول الكافى ج١ ص٤٦ باب المستاكل بعلمه - تحف العقول ص٢٣٧

(٣) تنقيح المقال للعلامة المامقانى ج١ ص١٦٥

ومنها ـ استلزام عدمه اما ايقاف الحكم اوفسق الحاكم لانه ان حكم بخلاف معلومه يلزم الفسق والا فالايقاف .

وقد استدل لعدم الجواز بانه موضع التهمة ـ وبالنبوى(١) فى قضية الملاعنة لو كنت راجما لغير بينة لرجمتها ـ وبالحصر المستفاد من النصوص(٢) الاتية المتضمنة ان البينة على المدعي واليمين على من انكر ـ وبانه موجب لتزكية النفس ـ وبمرسل(٣) يونس ـ استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ـ وبما دل (٤) على انه لايرجم الزاني حتى يقر اربع مرات بالزنا اذا لم يكن شهود ـ وانه لايرجم (٥) الرجل والمرئة حتى يشهد عليه اربعة شهود ثم ان بعض هذه الوجوه للقول الثاني وبعضها للثالث .

وفى الكل نظر ـ اما الاول فلمنع كليته ـ مع ان الحكم بشهادة الشاهدين ايضاً قد يكون موضع التهمة ـ اضف اليه ان ذلك لايصلح علة لعدم الجواز ـ وبه يظهر مافى الرابع ـ واما الثاني فلعدم ثبوته من طرقنا ـ واما الثالث فلان تلكم النصوص تدل على ان كل بينة فهي على المدعى لاان كل مدع يجب عليه البينة ـ مع انها ظاهرة فى صورة الجهل بالواقعة فان حجيتها طريقية مختصة بتلك الصورة كساير الطرق والامارات مع ان البينة ـ هي الحجة والدليل الموجبة للظهور كما هي معناها اللغوى والمستعمل فيها في الايات وكلمات العلماء كقوله (٦) تعالى «وآتينا عيسى بن مريم

---

(١) ذكره فقهاء الامامية فى كتب الاستدلال كالجواهر والمستند وغيرهما

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٥

(٥) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٦) سورة البقرة آية - ٨٨

البينات» وغيره وحملها على الاصطلاح الجديد يحتاج الى دليل مفقود - و مقابلتها باليمين لاتصلح لذلك فان المقابلة بلحاظ ان بينة المنكر مختصة باليمين ولا تكون شهادة الشاهدين مفيدة له - واما الخامس فلعدم كونه مسندا الى الامام عليه السلام ولامضمرا بل ظاهره كون ذلك فتوى يونس - و احتمال اختصاص الاستخراج بمايحتاج اليه والمعلوم للحاكم لايحتاج الى الاستخراج - واما الاخيران ففايتهما كونهمامطلقين فيقيد ان بمامر والمطلق مما قدمناه نسبته معهما عموم من وجه - فيقدم لوجوه لاتخفى فتحصل ان الاظهر ان القاضي يقضي بعلمه مطلقا.

وفي المسالك و اعلم ان من منع من قضائه بعلمه استثنى صورا (منها) تزكية الشهود وجرحهم لئلا يلزم منه الدور اوالتسلسل فانه اذا علم باحد الامرين وتوقف في اثباته على الشهود فان اكتفى بعلمه بتزكيه المزكي اوالجارح فقد حكم بعلمه والا افتقر على آخرين وهكذا فيتسلسل ان لم يعتبر شهادة الاولين اوالدور ان اعتبرا في حق غيرهما (ومنها) الاقرار في مجلس القضاء وان لم يسمعه غيره - وقيل يستثنى اقرار الخصم مطلقا (ومنها) العلم بخطاء الشهود يقينا او كذبهم (ومنها) تعزير من اساء ادبه في مجلسه وان لم يعلم غيره لانه من ضرورة ابهة القضاء (ومنها) ان يشهد معه آخر فانه لايقصر عن شاهد انتهى.

المدعى مخير بين اقامة البينة واحلاف المنكر

الثانية عشر بناء على جواز حكم القاضي بالعلم كما هو الحق ان تحقق علمه بالواقعة فهو(**وان انتفى العلم حكم بالشهادة**) مع تمكن المدعي من اقامتها - لعموم مادل(١) على القضاء والحكم بالبينات وهذامما لا كلام فيه ولاخلاف - انما الكلام في المقام في فروع .

-١- اذاقال المدعى لي بينة - فعن الاكثر انه يجب ان يحضرها الحاكم ان علم جهل

---

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب كيفية الحكم

المدعى بان له الاحضار ويجوز ان لم يكن عالما به - وعن المبسوط والمهذب والسرائر انه لايجوز مطلقا - وعن المختلف والقواعد والدروس انه لايجوز اذا كان عالما بان له الاحضار ويجوز ان كان جاهلا بذلك (اقول) لااشكال في انه يجوز على وجه الارشاد مع علمه ويجب ذلك مع جهله ويحرم على وجه الايجاب عليه لان الحق له فان شاء احضرها والافلا اذ له العدول عن اصل الدعوى وله اختيار اليمين - ولذلك قال في المستند ان النزاع بينهم لفظي فمن يقول بعدم الجواز يريد به عدم الجواز على وجه الالزام ومن يقول بالجواز مراده ذلك على وجه الارشاد.

(٢) صرح جماعة بان المدعى الذي له بينة حاضرة اوغائبة مخير بين اقامتها واحلاف المنكر ولايتعين عليه اقامتها - وان علم بكونها مقبولة عند الحاكم ونسبه بعضهم الى الاصحاب وآخر الى انه المستفاد من الروايات.

وقد استدل له بان اقامة البينة حق ثابت للمدعى فله ان لايقيمها وبصحيح (١) ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله عليه السلام اذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له قلت له وان كانت عليه بينة عادلة قال عليه السلام نعم وان اقام بعدما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له وكانت اليمين قد ابطلت كل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه عليه - وبخبر (٢) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه كيف اقضى بامور لم اخبر ببيانها قال فقال له ردهم الى واضفهم الى اسمي يحلفون به - بتقريب ان مقتضى اطلاقه ثبوت الحق بالحلف مطلقا وان كان للمدعى بينة فاذا كان الحلف من طرق اثبات المدعى فيكون مخيرا بينهما - وبذلك يظهر ما في ايراد السيد في ملحقات العروة من التامل في اطلاقه وان الامر فيه متوجه الى النبي لا الى المدعى ومن المعلوم عدم كون التخيير له فان الذي يثبت بذلك كون الحلف من الطرق واثبات التخيير للمدعى ح انما هو من جهة تخييره

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ١
(٢) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣

فى اثبات مدعاه بكل ماهوطريق اليه والامر وان توجه الى النبى الاانه امرارشادى الى ذلك .

وقديقال انه لايجوز الاحلاف مع وجود البينة لان المستفاد من النصوص ان البينة وظيفة المدعى ـ ولصحيح (١) سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام ان نبيامن الانبياءشكى الى ربه فقال يارب كيف اقضى فيما لم ارولم اشهد قال فاوحى الله اليه احكم بينهم بكتابى واضفهم الى اسمى تحلفهم به وقال هذالمن لم تقم به بينة ـ وبمرسل (٢) يونس عمن رواه فى حديث فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه ـ وبما (٣) عن تفسير الامام عليه السلام فى حديث وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه .

وفى الكل نظر ـ اما الاول فلعدم دلالة تلك النصوص على الحصر وان شئت قلت انها تدل على ان كل بينة فهى للمدعى ـ و لاتدل على ان كل مدع فعليه البينة واما الثانى فلان المشار اليه بلفظة هذا هوما تقدم من الامر بالتحليف فيدل على ان تعين ذلك انماهو لمن لم يقم بينة وهوغير المدعى مع ان الموجود فيه عدم اقامة البينة لاعدم وجودها ـ واما الثالث فلان المراد به ان تعين اليمين كمايدل عليه لفظ على انما هو بعد عدم الشاهد ـ واما الرابع فلان الشرط فيه عدم البينة الظاهر فى عدم اقامتها لاعدم و جودها و لا اقل من احتمال ذلك ـ فالاظهر هو التخيير بين اقامة البينة واحلاف المنكر .

٣ ـ لوقال المدعى لى بينة غائبة فلااشكال فى ان الحاكم يخيره بين احضارها وبين احلاف المنكر لمامر من كونه مخيرا بينهما وعليه فهل يؤجل ويضرب له وقتا كماعن بعضهم ام لايؤجل كما عن آخر وجهان ـ يشهد للاول خبر(٤) سلمة بن كهيل

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث١

(٢) الوسائل باب٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ٤

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم حديث١

(٤) الوسائل باب١ من ابواب آداب القاضى حديث١

قال سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح الى ان قال واجعل لمن ادعى شهودا غيبا امدا بينهما فان احضرهم اخذت له بحقه وان لم يحضرهم اوجبت عليه القضية الحديث والقضية التى امر بايجابها هى حلف المنكر او اسقاط الحق .

وهل للمدعى مطالبة غريمه بالكفيل كما عن المقنعة والنهاية والقاضى فى احد قوليه والوسيلة والغنية ـ ام ليس له ذلك كما عن المبسوط والخلاف والاسكافى والحلى والقاضى فى قوله الاخر وعليه اكثر المتاخرين بل عامتهم كما قيل ـ وجهان من ان مطالبة الكفيل قبل ان يثبت الحق لادليل عليها سيما مع جواز الحكم على الغائب و ملازمته وحبسه عقوبة قبل حصول السبب بلا دليل عليها ـ و من حفظ الحق المدعى حذرا عن ذهاب الغريم ولزوم مراعاة حق المسلم فى نفس الامر فيجب التكفيل من باب المقدمة ـ والاظهر هو الاول لعدم ثبوت حق المسلم فى نفس الامر بل مجرد احتمال.

احكام الجرح والتعديل

الثالثة عشر ـ اذا اقام المدعى البينة فلابد وان ينظر الحاكم فى شهادتها فان كانت جامعة للشرائط قبلها وان كانت فاقدة لها طرحها و ان جهل حالها تفحص وعمل بما يقتضيه من القبول والرد وعليه فـ**(مع علمه بعدالة الشهود او التزكية)** المثبتة للعدالة حكم له بلا خلاف فيه فى الجملة ـ وانما الكلام فى موارد .

الاول ـ انه ان ثبت عدالتهما عند الحاكم فهل يلزم سؤال المدعى عليه انه هل له جارح ام لا ـ ام يجوز ذلك ـ ام ليس له السئوال اصلا ـ وجوه خيرها اوسطها. كما انه اذا علم الحاكم فسقهما لا يطلب من المدعى التزكية وان كان له ذلك وللمدعى اثباتها ان ادعى خطاء الحاكم فى اعتقاد فسقهما من جهة انه اعتمد فى ذلك على الاستصحاب ولا محل له لتغير الحال او على ظاهر الحال و كان الواقع خلافه فان اثبتها نفذ شهادتها والا فـلا .

الثانى لو جهل الحاكم حالهما يجب عليه ان يبين للمدعى ان له تزكيتهما بالشهود ان كان جاهلا بذلك ـ ولو قال لا طريق لى الى ذلك اوقال لا افعل او انه يعسر

على ذلك ـ فهل يجب على الحاكم الفحص عن ذلك ام لا قولان .

استدل للاول بان الحكم واجب على الحاكم وهو متوقف على معرفة حال الشهود فيجب ذلك من باب المقدمة ـ وبما (١) عن تفسير الامام عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن امير المؤمنين عليه السلام ـ كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى الك حجة الى ان قال و اذا جاء بشهود لا يعرفهم بخير و لاشر قال للشهود اين قبائلكما فيصفان اين منزلكما فيصفان ثم يقيم الخصوم والشهود بين يديه ثم يامر فيكتب اسامي المدعي والمدعى عليه والشهود ويصف ماشهدوا به ثم يدفع ذلك الى رجل من اصحابه الخيار ثم مثل ذلك الى رجل من خيار اصحابه ثم يقول ليذهب كل واحد منكما من حيث لايشعر الاخر الى قبائلهما و اسواقهما ومحالهما والربض الذى ينزلانه فيسئل عنهما فيذهبان ويسئلان فان اتوا خيرا او ذكروا فضلا رجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فاخبراه احضر القوم الذى اثبتوا عليهما واحضر الشهود ـ الى ان قال قضى بشهادتهما على المدعى عليه فان رجعا بخبر سيء قبيح ـ الى ان قال لم يهتك سترا بشاهدين ولاعابهما ولاوبخهما ولكن يدعو الخصوم الى الصلح الحديث .

ولكن الاول مندفع بعدم الدليل على وجوب الحكم بالبينة العادلة مطلقا حتى يجب مقدمته بل مع قيام البينة يجب عليه الحكم بها كيف وقدمر انه اذا كان للمدعى بينة عادلة لايجب عليه اقامتها بل هو مخير بين الاقامة وبين احلاف المنكر ولايجب على الحاكم ان يامر باحضارهما ـ واما الثانى فغاية مايثبت به جواز ذلك ولا كلام فيه ـ انما الكلام فى وجوبه والخبر قاصر عن افادته .

الثالث اذا اقام المدعى على التزكية بينة مقبولة فالمشهور بين الاصحاب انه يجب عليه ان يبين للمدعى عليه ان له حق الجرح اما مطلقا كما عن جماعة أو اذا لم يكن عالما به كما عن آخرين ـ واستدلوا له بان اهمال ذكره يوجب بطلان حقه ـ وهو كما ترى ـ ثم ان طلب منه الجارح فان اتى به او قال لاجارح لى فلا كلام ـ وان استمهل فى اثبات الجرح

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١

قالوا يمهل ثلاثة ايام - وقد استدلوا لوجوب الامهال بانه مقتضى العدل - وبرواية (١) سلمة المتقدمة واجعل لمن ادعى شهودا غيبا امدا بينهما فان احضرهم اخذت له بحقه - ولكن العدل يحصل بالحكم ثم الاسترداد ان اثبت الجرح بعد ذلك بل ربما قيل ان ذلك اقرب الى العدل - والخبر فى شهود المدعى على المطالب بالحق - واما تقدير الامهال بثلاثة ايام فلم اظفر بما يمكن ان يستدل به له - ثم انه على فرض الامهال لا يبعد القول بجواز ان ياخذ المدعى الكفيل من المدعى عليه لثبوت حقه فى الجملة .

الرابع اذا تبين بعد الحكم فسق الشاهدين حال الحكم انتقض من غير فرق بين ان يكون الحاكم معتمدا فى عدالتهما على الاستصحاب او متيقناً بذلك لانكشاف بطلان المستند - وان كان طارئاً بعد الحكم لم ينتقض قطعاً وان كان بعد الشهادة وقبل الحكم ففيه قولان - وان جهل الحال لم ينتقض لاستصحاب بقاء العدالة الى حين الحكم ولا يعارضه استصحاب عدم الحكم الى زمان الفسق لانه لا يثبت به كون الحكم فى حال الفسق من غير فرق فى ذلك بين الجهل بتاريخهما او العلم بتاريخ احدهما

مابه يثبت العدالة

الخامس فيما تثبت به عدالة الشهود - و فيه موارد للبحث -١- المنسوب الى الشيخ فى الخلاف والمفيد فى كتاب الاشراق والاسكافى انه يكتفى فيه بظاهر الاسلام بناء منهم على ان الاصل فيه العدالة وادعى الاول عليه اجماع الطائفة - والظاهر كما افاده سيد الرياض ان مبنى الخلاف هنا على الاختلاف فى تفسير العدالة هل هى ظاهر الاسلام مع عدم ظهور فسق - او حسن الظاهر - او الملكة اى الكيفية النفسانية الباعثة على ملازمة التقوى - او انها الاجتناب عن المعاصى عن ملكة - او مجرد ترك المعاصى وقد اشبعنا الكلام فى ذلك فى مبحث العدالة فى الجزء الخامس من هذا الشرح.

و بينا ان العدالة عبارة عن الاستقامة العملية على جادة الشرع باتيان جميع

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

الواجبات وترك جميع المحرمات حتى الخفية منها كالرياء وبينا ان ذلك ملازم لوجود الملكة وذكرنا ما يمكن ان يستدل به للاقوال الاخر والجواب عنه - كما انه بينا فى تلك المسألة طرق معرفة العدالة وانها لاتثبت بمجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق - وان شيئا من الاخبار المستفيضة التى استدلوا بها له لايدل عليه . وبينا - طريقية حسن الظاهر - وانها تثبت بشهادة عدلين بل العدل الواحد وبالشهادة الفعلية - وعدم ثبوتها بالشياع الظنى والظن المطلق - وايضا قد اثبتنا انه يجوز تعديل الشخص بمجرد قيام الطريق الى عدالته عنده من حسن الظاهر والبينة وغيرهما او ثبوتها عنده بالاستصحاب فراجعه فانه متضمن لمسائل هامة ومطالب نفيسة يظهر منها ما فى كلمات الفقهاء فى المقام.

وانما بقى الكلام فى خصوص ما لواقر المدعى عليه بعدالة شهود المدعى مع دعواه خطائهما - فعن الاسكافى والفاضل المقداد والمصنف ره فى التحرير والقواعد والارشاد وولده فى شرح القواعد انها تثبت به بمعنى ان للحاكم ان يحكم للمدعى وعن جماعة انها لاتثبت به .

واستدل للاول بما فى ذيل المروى (١) عن تفسير الامام عليه السلام المتقدم فان كان الشهود من اخلاط الناس غرباء لا يعرفون ولا قبيلة لهما ولا سوق ولا دار اقبل على المدعى عليه فقال ما تقول فيهما فان قال ما عرفنا الا خيرا غير انهما قد غلطا فيما شهدا على انفذ شهادتهما وان جرحهما وطعن عليهما اصلح بين الخصم وخصمه واحلف المدعى عليه وقطع الخصومة بينهما - وبان البحث لحق المشهود عليه وقد اقر بعدالتهما وانه اقر بوجود شرط الحكم وكل من اقر بشئ نفذ عليه لقوله عليه السلام (٢) اقرار العقلاء على انفسهم جائز .

ولكن الاول ضعيف السند - والاقرار انما يكون نافذا على المقر نفسه فليس له

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١
(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب الاقرار

بعدذلك الجرح عليهم ولايثبت به كونه ميزانا يحكم به الحاكم لعدم كونه طريقا الى ثبوت الواقع -ومجرد كون التزكية استظهارحق المدعى لايقتضى سقوطه باقراره وشرط الحكم انماهو العدالة المعلومة للحاكم لاالعدالة الواقعية وان لم تكن ثابتة عنده والمفروض عدم حصول العلم له بهذا الاقرار من المدعى عليه فلايكفى فى جواز الحكم فالاظهر عدم ثبوتها به .

وبذلك يظهر حكم فرع آخر وهومالواقام المدعى شاهدين ثابتى العدالةعند الحاكم و اعترف المدعى بعدم عدالتهما ولم يكن قوله واجدا لشرائط الحجية كى يثبت بهالجرح فانالظاهر عدم صحة الحكم ح لان شرطصحة الحكم العدالةالواقعية الثابتة للحاكم ولذاقالوا انه لوظهر للحاكم فسق الشهودانتقض الحكم فالاقراربعدم العدالة اعتراف بعدم وجود شرط الحكم وعدم تمامية الميزان ولايقاس المقامباقرار المدعى عليه عدالة الشهود فان الاقرار بفقد احد جزئى ميزان الحكم كاف فى عدم جوازه بخلاف الاقراربوجود احدالجزئين فتدبر - اللهم الا ان يقال ان الاقرارانما ينفذ على نفسه و لاينفى به ما هو ميزان للحاكم اذليس شان طريقية الاقرار هذا المقدار وعليه فالاظهر هوصحة الحكم لهح .

الاطلاق فى الجرح والتعديل

ثم انهم اختلفوافى كفاية الاطلاق فى التعديل والجرح اولابدمن ذكر السبب فيهما اوفى احدهماعلى اقوال (١) ماهو المشهور بين الاصحاب وهو كفاية الاطلاق فى التعديل دون الجرح -واختاره المصنف ره فى المقام قال(**و تسمع مطلقة**)اى مطلق الشهادة بالعدالة (**بخلاف الجرح**)(٢) ما عن المصنف ره فى غير المقام وهوعكس المشهور(٣) كفاية الاطلاق فيهما (٤) اعتبار التفصيل فيهما .

واستدل للاول بان العدالة تحصل بالتحرز عن اسباب الفسق وهى كثيرة يعسر ضبطها و عددها بخلاف الجرح فانه يكفى فيه ذكر سبب واحد - و للثانى بسهولة

العلم بالفسق لانه يكفى فى تحققه فعل واحد فالخطاء فيه نادر بخلاف التعديل فانه فى معرض كثرة الخطاء فلابد فيه من ذكر السبب ـ وللثالث بان العادل لايخبر عن امر الا مع العلم بتحققه و تحقق اسبابه ـ و للرابع بالاختلاف فى اسبابهما فلعل مذهبهما مخالف لمذهب الحاكم .

والحق ان يقال انه لو احتمل اختلاف الحاكم والمعدل او الجارح فى حقيقة العدالة اوفى طريق ثبوتها من حيث الشبهة الحكمية فالاظهر عدم كفاية الاطلاق فى شىء منهما ـ لعدم شمول دليل الشهادة لمثل ذلك (ودعوى) قيام السيرة فى جميع المقامات على عدم ذكر السبب وان المعلوم من طريقية الشارع الاقدس حمل عبارة الشاهد على الواقع ولو مع الاختلاف ولذا لايجب السؤال عن سبب الملك او الطهارة او النجاسة عند الشهادة بها وما العدالة والفسق الامن قبيلها (مندفعة) بان المتيقن من السيرة ما لااختلاف فى اسبابها او علم من الخارج اتفاق المذهبين ـ و كون ما ذكر طريقة الشارع حتى مع الاختلاف فى الاسباب وعدم اتفاق المذهب غير معلوم ـ وان لم يحتمل ذلك ولكن احتمل الاختلاف فى الشبهة الموضوعية كما لو احتمل ان الجرح كان من جهة انه رأى انه يكذب واحتمل ان يكون ذلك فى مورد كان الكذب جائزا له اورآه انه يشرب الخمر واحتمل ان يكون به مرض انحصر علاجه بذلك اوعلم به فالظاهر عدم لزوم الاستفسار و كفاية مطلقه ـ لاطلاق ادلة قبول الشهادة ـ ولقيام السيرة على ذلك ـ ولان من يشهد بالعدالة اوالجرح لامحالة يكون متوجها الى اسباب الفسق والعدالة واحتمال عدم توجهه الى بعضها يندفع ببناء العقلاء وغيره كساير الموارد وبما ذكرناه يظهر ضعف ساير الاقوال .

ثم انه حيث اكتفى فى العدالة بالاطلاق ففى القدر المعتبر من العبارة عنها اقوال ـ ثالثها ـ اعتبار ضم احد الامرين من قوله لى وعلى ـ اومقبول الشهادة الى قوله عدل حكاه الشهيد الثانى عن اكثر المتاخرين ـ وعن الاسكافى ضم الاول خاصة ـ وعن المبسوط الاكتفاء بقوله وهو عدل من دون اعتبار ضم شىء مطلقا ـ وعن المسالك

الاجتزاء بقوله انه مقبول الشهادة وان اضافة العدل اليه آكد .

والحق‌ان يقال انه من جهة التعديل يكتفى بكل ما هوينبىء عن العدالةمن دون اعتبارلفظ خاص بل‌لايعتبر اللفظ ايضا فلو رأينا العدل اقتدى به فى الصلاة كفى ذلك فى التعديل لاطلاق الادلة وقد اشبعنا الكلام فى ذلك فى مسألة ثبوت العدالة بالشهادة الفعلية فى‌مبحث‌العدالة فى‌الجزء الخامس من هذا الشرح ـ واما المقبولية من ناحية ساير الشرائط فهى ايضا لابدوان تحرز ولوبالاصل على القول بان ساير مايعتبر فى قبول الشهادة غير العدالة من‌قبيل الموانع فمع‌تحقق العدالة يجب‌الحكم مالم يثبت احد الموانع من الخصومة وجر النفع و كونه على والده وما شاكل .

تعارض الجرح والتعديل

ثم‌انه ان‌اختلف الشهود فى‌الجرح‌والتعديل فان كان بنحوقابل للجمع‌بينهما كما لوقال‌المعدل قدمارسته فوجدته حسن‌الظاهر وقال الجارح رأيته يرتكب ذنبا ـ اوقال‌المعدل‌هوعادل وقال‌الجارح رأيته ارتكب ذنبا ـ أوقال الجارح انه فعل‌محرما فى يوم كذا وقال المعدل لقدتاب بعد ذلك وهو فعلاذ وملكة ـ فلااشكال . فانه‌فى الاولين يبنى على الفسق وفى الاخيرعلى العدالة .

(و) اما **(مع التعارض)** بينهما كما لواطلق المعدل والجارح فقال المعدل انه عادل وقال الجارح انه فاسق ـ أوقال الجارح انه ارتكب معصية خاصة فى‌يوم كذا وساعة كذا وقال المعدل انه فى‌ذلك‌اليوم كان معى ولم يفعل ذلك ففيه‌اقوال (١) ماعن الشيخ فى الخلاف وهوانه وقف الحاكم ـ وقيل فى المراد منه امران احدهما انه يتوقف عن الحكم باحد الامرين ويكون كانه لابينة ثانيهما انه‌يتوقف فى الحكم اصلاحتى عن يمين المنكر (٢) مافى المسالك وهوتساقطهما فى الصورة الثانية وتقديم بينة الجارح فى الصورة الاولى (٣) التساقط فى الصورتين اختاره صاحب الجواهره (٤) الرجوع الى القرعة فى تقديم احدى البينتين (٥) انه

(يقدم الجرح) .

اقول انه فى الصورة الاولى حيث يحتمل كون البينتين بنحو لاتعارض بينهما فحجيتهما ثابتة ـ وسقوطهما غير ثابت فلابد وان يستفسر الحال فان امكن الجمع والافيعامل معهمامعاملة المتعارضين ـ وان شئت قلت ان التعارض بينهما غير ثابت كي يعمل قواعده ـ واما فى الصورة الثانية فعلى المختارفى تعارض الامارات من ان مقتضى القاعدة هو التخيير بين المتعارضين فىالمسألة الاصولية يكون المجتهد مخيرا بين الاخذ ببينة العدالة اوببينة الجرح ـ فان قيل ان ذلك مخالف للاجماع المركب ـ قلنا لامحذور فى مخالفة مثل هذا الاجماع المعلوم مدرك المجمعين ـ ودعوى انه يقدمبينةالجرحلاعتضادها باصالة عدمحصولسببالحكم ـ ولان الغالب فى التعديل الاعتماد على اصالة عدم صدور المعصية ـمندفعة بان الاصل لايوجب تقديم احدى الامارتين ولايكون من المرجحات وكون الغالب فى التعديل الاعتماد على الاصل لاربط له بماهومحل الكلام ـ فان قيل لم لايرجع فى ترجيح احداهما الى صفات الراوى فيقدم بينة من كان اعدل اوماشا كل ـ قلنا ان الترجيح بها انما هو فى الخبرين المتعارضين فى الاحكام واسرائه الى المقام من القياس ولا نقول به واما على القول بان مقتضى القاعدة فى تعارض الامارات هو التساقط ـ فتساقطان فى المقام .

وبما ذكرناه ظهرمدارك القول الاولوالثانى والثالث والخامسوالجواب عنها واما الرابع فقد استدل له تارة بعمومات (١) القرعة واخرىبالنصوص (٢) الخاصة الواردة فى تعارض البينتين الدالةعلىانهيرجعالىالقرعةـلكنالاولى لامورد لهافىالمقام لانها لكل امرمشكل ولا اشكال فى المقام لوجود الميزان للحكم على اى حالـ واما الثانية فمنجهة تضمنها لليمين المنتفية هنااجماعاتختص بغيرالمقامـ وبذلك يظهر انه لامورد لنصوص (٣) الترجيح بالاكثرية فى المقام.

---

(١) الوسائل باب ١٣ منابواب كيفيةالحكم واحكامالدعوى

(٢-٣) الوسائلباب١٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى

ثم انه ربما يقال كما فى ملحقات العروة انه اذا كان شهود الجرح اثنين وشهود التعديل اربعة يمكن ان يقال بتساقط اثنين بالاثنين وبقاء اثنين للتعديل وكذا العكس - واولى بذلك اذا كان كل منهما اثنين وبعد التساقط وجد اثنان آخران لاحدهما انتهى اقول لايكون نظره فى ذلك الى نصوص الاكثرية قطعا كما لايخفى بل الظاهر ان نظره الشريف الى انه يتعارض الاثنان من الاربعة مع الاثنين الذين فى مقابلهما فيتساقطان فيكون الاثنان الباقيان بلا معارض (و فيه) اولا ان البينة عبارة عن شهادة اثنين فما فوق لان شهادة كل اثنين بينة مستقلة وعليه فطرف المعارضة هو شهادة الاربعة فعلى فرض التساقط لابد وان يسقط الجميع وثانيا انه لوسلم كون البينة عبارة عن شهادة اثنين - ولازمه ان يكون فى مورد شهادة الاربع بينتان الا انه لاوجه للقول بانه تعارض احدى البينتين مع البينة التى فى مقابلها وتبقى الاخرى على حالها فان البينة المقابلة لهما تعارضهما جميعا حتى اذا قامت احداهما بعد التساقط فان التساقط لايوجب سقوطها عن قابلية الحجية - ونظير ذلك ما ذكروه فى الاصول الجارية فى اطراف العلم الاجمالى من انه اذا كان فى احد الطرفين اصلان وفى الاخر اصل واحد فان الساقط جميع الاصول حتى الاصول الطولية كما لوعلم اجمالا بنجاسة احد الشيئين الذين احدهما مستصحب الطهارة والاخر محكوم بالطهارة فى نفسه بمقتضى اصالة الطهارة - فانه لاسبيل الى القول بتعارض الاستصحاب مع اصالة الطهارة الجارية فى مقابله فيبقى اصالة الطهارة فى هذا الطرف الجارية بعد سقوط الاستصحاب بحالها - بل العلم الاجمالى يوجب سقوط الجميع وفى المقام كك ولتمام الكلام محل آخر - فالاظهر عدم الفرق بين التعدد وعدمه.

الرابعة عشر **(و تحرم الرشوة ويجب اعادتها وان حكم بالحق)** كما تقدم الكلام فى ذلك مستوفى فى المسألة الثالثة.

التماس الغريم احضار الخصم

الخامسة عشر **(واذا التمس الغريم احضار خصمه اجابه)** الحاكم على المشهور بين الاصحاب في الحاضر في البلد وفي المسالك فان كان في البلد وكان ظاهرا يمكن احضاره وجب احضاره مطلقا عند علمائنا **(الا المرئة غير البرزة)** بفتح الباء وسكون الراء المهملة وبفتح الزاء المعجمة وهي التي لا تحتجب احتجاب الشواب وهي مع ذلك عفيفة عاقلة تجلس للناس وتحدثهم من البروز وهو الظهور **(او المريض فينفذ اليهما من يحكم بينهما)** اوامرهما بنصب وكيل ليخاصم عنهما هكذا ذكره جماعة و للفقهاء في المقام كلمات شتى وتنقيح القول في المقام في جهات.

الاولى في انه هل يجب الاحضار في الجملة ويجب على الخصم الحضور ام لا- وقد طفحت كلماتهم بدعوى الاجماع على ذلك في الرجل الصحيح الحاضر في البلد اذا لم يكن من اهل الشرف والمروات.

و استدلوا لذلك - بان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها وترك تضييعها فلو قلنا انه لا يحضره ضاع الحق وبطل لان الرجل ربما تسلط على مال غيره واخذه وجلس في موضع لا حاكم فيه وما افضى الى هذا بطل في نفسه بذلك استدل الشيخ ره وتبعه غيره- وبان الالزام بالحضور من شئون القضاة عرفا اوخصوص قضاة الجور الثابت مثلها لقضاتنا بالمقبولة- وبما في خبر(١) عبد الرحمن قال قلت للشيخ عليه السلام اخبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله قال فيمين المدعى عليه- الى ان قال وان كان المطلوب بالحق قدمات - فان ادعى بلا بينة فلا حق له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حيا لالزم اليمين اوالحق اويرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق بدعوى انه يدل على ثبوت هذا الحق للقاضي مقدمة لالزامه بيمينه

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث١

ولو من جهة كون حضوره لدى الحاكم شرط يمينه - وبالاجماع - وبتوقف الحكم بينهما على ذلك .

ولكن شيئا من ذلك لايكفى فى الحكم بوجوب الاحضار والحضور - اما الاول فلان الحاكم يطالب المدعى باثبات حقه فاذا ثبت يعلم خصمه بذلك فان حضر فهو والاحكم عليه غيابا ولا يلزم من ذلك تضييع الحقوق - بل ربما يكون الاحضار سيما بالنحو الذى ذكره الاصحاب من انه لو امتنع استعان عليه باعوان السلطان وعن بعضهم انه لو اختفى امر الحاكم ان ينادى على باب داره انه لو لم يحضر الى ثلاثة ايام يسمر بابه ويختم عليه ايذاء للمدعى عليه واهانة اياه - واما الثانى فغاية ماهناك ان يكون للقاضى الاحضار بمعنى ان يعلمه بان يحضر اويوكل من يخاصم خصمه والا فيحكم عليه غياباً لا انه له ان يحضره بعينه - واما الثالث فلانه يدل على الالزام باليمين اوالحق اورد اليمين وهذا لايدل على الالزام بخصوص اليمين مع انه سياتى عدم لزوم كون اليمين فى مجلس الحكم - واما الرابع فلان مدرك المجمعين لعله بعض ماذكر فلا يكون تعبدياً - واما الخامس فلما عرفت من انه لايتوقف الحكم بينهما على حضوره وانه لو امتنع عنه يصح الحكم غيابا - فالاظهر تبعا لجماعة من متاخرى المتاخرين عدم وجوب احضاره وعدم وجوب الحضور عليه ان احضره وله ان يسقط حق حضوره فيحكم الحاكم بالميزان الثابت عنده .

الثانية انه على فرض وجوب الاحضار والحضور - فهل يجب قبل تحرير الدعوى اوبعده ام يفصل بين الحاضر فى البلد والغائب عنه ففى الاول قبله وفى الثانى بعده - المشهور بين الاصحاب هو التفصيل (واستدلوا) لذلك بان الحاضر فى البلد ليس فى حضوره مجلس القاضى مؤونة ومشقة شديدة فلامانع من وجوب احضاره قبل تحرير الدعوى واما الغائب فمن جهة لزوم المشقة عليه فيطالب المدعى بتحرير الدعوى فقد تكون غير مسموعة فخوفا من تحميل المشقة عليه بغير حق يحكم بالوجوب بعد تحرير الدعوى لاقبله (وفيه) ان ذلك يتم اذا كان مقتضى الادلة التى اقاموها على وجوب الاحضار وجوبه قبل تحرير الدعوى مع ان شيئا منها لايقتضى ذلك الاالوجه

الثاني والافمقتضى غيره ليس ازيد من الوجوب بعد تحرير الدعوى بل مقتضى بعضها وقت توجه اليمين اوالحكم بينهما .

الثالثة و قد استثنوا من وجوب الاحضار المرئة غير البرزة و المريض ـ و اما الشريف فقد الحقه بعضهم بالغائب في اختصاص وجوب احضاره بما اذا كان بعد التحرير وبعضهم الحقه بالمعذور عن الحضور وليس على شيء من ذلك دليل يستند اليه فانه اذا توقف الحكم على حضور الخصم لايصلح قاعدة العسر و الحرج لاثبات صحة الحكم مع عدم حضوره ـ و لكن الذى يسهل الخطب ما عرفت من عدم الدليل على وجوب الاحضار اصلا .

الفصل الثاني في كيفية الحكم

وفيه بحثان الاول ـ في وظائف الحاكم وآدابه ـ **(و)** هى اربع ـ الاولى يجب **(عليه)** اى على القاضى **(ان يسوى بين الخصمين في الكلام و السلام و المكان و النظر و الانصات)** على المشهور بين الاصحاب ويشهد به نصوص كثيرة كالقريب (١) من الصحيح بالحسن بن محبوب المجمع على تصحيح روايته فينجبر به جهالة راويه عن امير المؤمنين عليه السلام قال عليه السلام لشريح ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لايطمع قريبك في حيفك ولاييأس عدوك من عدلك الحديث ـ وقوى (٢) السكوني عن الصادق عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم في الاشارة وفي النظر وفي المجلس ـ ونحوه مرسل (٣) الصدوق الا انه رواه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وقال فيه فليسا وبينهم بدل فليواس ـ والعلوى (٤) القوى ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى ان يضاف الخصم الاومعه خصمه ـ ونحوها غيرها .

قال المحقق العراقي لايخفى ان التعليل في ذيل الاخير (الاول الذى ذكرناه)

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب آداب القاضى حديث ١-٢

يصلح للقرينية المانعة عن ظهور الامر في صدره في الوجوب - وعليه فيشكل استفادة الوجوب من مثله واما البقية فهو فرع اتكال المشهور عليها ودونها خرط القتاد وح فربما يشكل امر اقامة الدليل على ازيد من رجحانها ولقد اجاد في الجواهر في منعه ذلك بمقتضى الصناعة انتهى (وفيه) اولا منع قرينية التعليل لعدم الوجوب وان شئت قلت انه ما لم يدل القرينة على عدم الوجوب لما كان وجه لرفع اليد عن ظهور الامر في الوجوب ومن الواضح عدم دلالة العلة المذكورة على عدم الوجوب - وثانيا ان بقية الاخبار قوية معتبرة لاتحتاج الى استناد المشهور - فالاظهر هو الوجوب - فما عن الديلمي والحلي والمصنف في المختلف من القول بعدم الوجوب ضعيف .

(و) يجب ايضا **(العدل في الحكم)** بلاخلاف والاجماع منعقد عليه و الكتاب والسنة دالان عليه - قال الله(١) سبحانه ﴿ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل﴾ وقريب منه آيات اخر - واما الاخبار الدالة عليه فهي مستفيضة تقدمت جملة منها وستاتي اخرى ولو كان في العدل مظنة الضرر بما لايرضى به الشارع ترك الحكم لا ان يحكم بغير العدل فرعان .

(١) ان وجوب التسوية بنحو الاطلاق انما هو في صورة تساويهما في الاسلام **(و)** اما مع الاختلاف **(يجوز ان يكون المسلم قاعدا او اعلى منزلا و الكافر قائما او اخفض)** قولا واحدا كما جلس علي عليه السلام بجنب شريح في خصومة له مع يهودي كذا في الرياض وهل تجب التسوية بينهما فيما عدا ذلك مطلقا كما هو ظاهر الاصحاب لاطلاق النصوص المتقدمة - ام تجب التسوية فيما عدا ما يرجع الى الاكرام فيتعدى عن ما ذكر الى غيره من وجوه الاكرام كما عن الشهيدين وسيد الرياض وغيرهم و جهان - مقتضى الجمود على ظواهر النصوص هو الاول ولكن لايبعد القول الثاني - حفظا لشرف الاسلام .

(٢) ان التسوية الواجبة او المستحبة انما هي في الافعال الظاهرية دون الميل القلبي فلا يجب التسوية في الميل القلبي بلاخلاف من غير فرق فيه بين محبة احدهما

---

(١) سورة النساء آية ٥٩

اوالميل الى التكلم معه والقرب اليه في المجلس والتعظيم له او الميل الى ان يكون حكم الله موافقا لهواه لان الحكم على القلب غير مستطاع - واما صحيح (١) الثمالى المتضمن لقضية قاضي بني اسرائيل - فلايكون ظاهرا في ان العقاب كان على ميله القلبى بل من الجائز انه كان العقاب على اظهاره بقوله اللهم اجعل الحق له - نعم لاريب في انه ينبغي للقاضى ان يطهر ضميره بحيث يساوى عنده جميع الناس .

الثانية **(ولا)** يجوز للحاكم ان **(يلقن الخصم)** ويعلمه شيئا ان يستظهر به على خصمه كان يدعى بطريق الاحتمال فيلقنه الدعوى بالجزم حتى تسمع دعواه بلاخلاف فيه على الظاهر - واستدل له في المسالك بانه نصب لسدباب المنازعة وفعله هذا يفتح بابها فيكون خلاف الحكمة الباعثة نعم لاباس بالاستفسار وان ادى الى صحة الدعوى بان يذكر دراهم فيقول اهى صحاح ام مكسرة الى غير ذلك ثم قال ويحتمل المنع ايضا ولكنه كما ترى لايصلح للمنع فان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق فلو كان في تلقينه ذلك مايحفظ به الحقوق لايكون خلاف الحكمة بل وفقها فلولم يكن اجماع على الحرمة لما كان وجه لعدم الجواز .

الثالثة **(ولو بادر احدهما بالدعوى قدمه فيها ولو ادعيا دفعة سمع من الذى على يمين خصمه)** على المشهور بين الاصحاب في الحكمين بل عليهما دعوى الاجماع في كلام بعضهم و استدل للاول بحديث (٢) التسوية - و بما في الفقه المنسوب الى مولينا الرضا عليه السلام - وبانه يجب القضاء بعد الطلب فورا فيجب تقديم الاسبق - والكل كماترى - فالعمدة الاجماع فيه الا ان ثبت .

واما الثاني فيشهد به صحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان يقدم صاحب اليمين في المجلس بالكلام - و عن الانتصار و الخلاف

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب آداب القاضى حديث ٢

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب آداب القاضى حديث ١ و باب ٣ منها

(٣) الوسائل باب ٥ من ابواب آداب القاضى حديث -٢

والسرائر والمبسوط اجمع اصحابنا على روايته وزادالاولان دعوى اجماعنا عليه فتوى ونصا ـ والايراد عليه تارة باحتمال ان يكون المرادبذلك المدعى لانه صاحب اليمين و اليمين المردودة اليه كما عن الاسكافى ـ و اخرى ـ باحتمال ان يكون المراد باليمين يمين القاضى كماعن بعض متاخرى المتاخرين ـ يندفع بان كلامنهما خلاف الظاهر الذى فهمه الاصحاب الذين هم اهل اللسان منه ـ ويؤيده صحيح (١) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام اذا تقدمت مع خصم الى وال اوالى قاض فكن عن يمينه يعنى عن يمين الخصم (فما) عن الشيخ من الميل الى القرعة ضعيف .

الرابعة اذا سكت الخصمان استحب للحاكم ان يقول لهما تكلما اوان كنتما حضرتما للشىء فاذكراه ـ اوماشا كل ذلك ولايجوز له ان يوجه الخطاب الى احدهما بلاخلاف فى شىء من ذلك ولم يذكروا للاستحباب دليلا ـ واستدلوا العدم جواز توجيه الخطاب الى احدهما خاصة ـ بحديث التسوية ـ وفيه نظر .

فيما يتعلق بالمدعى عليه وجوابه

البحث الثانى فى جواب المدعى عليه ـ وهو اما اقرار ـ او انكار ـ اوسكوت وعده جوابا مسامحة وفى ملحقات العروة ـ اويقول لاادرى ـ اويقول ـ اديت أورددت اوانت ابرأتنى اونحو ذلك ممايكون منافيا لدعوى المدعى اويقول ليس لى ـ واللازم بيان حكم كل من هذه ـ فالكلام فى موارد .

الاول فى الاقرار ـ وفيه جهات من البحث .

١ ـ انه هل يكون الاقرار ميزانا لفصل الخصومة ام لا ـ ربما يقال بالثانى نظرا الى حصر الميزان فى النصوص (٢) بالبينة واليمين ـ اومع اضافة السنة الماضية (٣)

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب آداب القاضى حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ و ٣ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦

والى انه لاخصومة مع الاقرار كي يحتاج الى الفصل ـ ولكن الاول يندفع بانه يقيد الحصر المستفاد من النصوص بالاجماعات المتكررة في كلماتهم ـ مع ان الحصر في تلك النصوص انما هو مع فعلية الخصومة لاحظ النبوى(١) ـ انما اقضى بينكم بالبينات والايمان والقضاوة بين المتخاصمين انما هي فرع الخصومه الفعلية ومع عدمها لايحسن التعبير بقوله بينكم ـ واما الثاني فيندفع بان ثمرة الحكم كونه فاصلا للخصومة الفعلية والثانية نظر الى اطلاق حرمة رده .

٢ـ ان غاية مايثبت بالاقرار بالعين انها ليست ملكا للمقر ـ بمقتضى اقرار العقلاء على انفسهم جائز (٢) ولايثبت به كونها ملكا للمقر له وانما يحكم بملكيتها له من جهة سماع الدعوى التي لامعارض لها في الاعيان ـ او بمقتضى اليد ـ ومن الواضح ان هذه الامور لاتكون ميزانا لفصل الخصومة ـ ولكن ذلك لايمنع عن حكم الحاكم بملكيتها له فانها من الطرق المثبتة للملكية شرعاً فاذا تم ميزان الحكم يحكم الحاكم به وانما تسمع دعوى شخص ثالث بالنسبة اليها من جهة قواعد باب المدعى والمنكر ولاتسمع دعوى المقر لان الادعاء بعد الاقرار لايعتنى به.

في الفرق بين الاقرار والبينة في الالزام قبل الحكم

٣ـ لاخلاف (**ف**) ى انه (**ان اقر خصمه**) بما ادعاه المدعى (**الزمه ان كان كاملا مختارا**) على ما هو المذكور في محله من شرائط سماع الاقرار من دون فرق في ذلك بين الدين او العين سواء حكم به الحاكم ام لا و هذا لااشكال فيه ـ انما الكلام في الفرق بين الاقرار والبينة ـ حيث قالوا بانه يجوز الزام المقر به قبل الحكم ايضا بخلاف ما اذا ثبت الحق بالبينة فانه لايلزم الا بعد الحكم وقد علله الشهيد الثاني في المسالك وتبعه غيره بما حاصله ان البينة حجيتها متوقفة على حكم الحاكم لكونها

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم حديث١

(٢) الوسائل باب٣ من كتاب الاقرار

منوطة بنظر الحاكم رداً وقبولا بخلاف الاقرار ـ ثم قالوا انه تظهر الثمرة فى صورة كون الدعوى ظنية او احتمالية فانه يجوز للمدعى المقاصة من ماله مع الاقرار لا مع البينة فانه لايجوز المقاصة الا بعد حكم الحاكم واما فى الدعوى الجزمية فتجوز المقاصة ولو مع عدم الاقرار والبينة ـ وايضاً تظهر الثمرة فى جواز الزام كل احد له على دفع الحق بعد الاقرار من باب النهى عن المنكر بخلاف البينة فانه لايجوز الا بعد الحكم ـ وايضا يجوز للحاكم الاخر ان يحكم اذا ثبت عنده الاقرار عند الحاكم الاول بخلاف البينة فانه لايجوز الحكم بها بمجرد ثبوت قيامها عند حاكم آخر بل لابد من قيامها عند نفسه .

وفيه ـ انه بناء على عموم حجية البينة لكل من قامت عنده او سمع الشهادة منهما كما هو الاظهر لافرق من هذه الجهة بين الاقرار والبينة فكما يجوز لكل من سمع الاقرار ان يلزم المقر بالحق كك يجوز لكل من سمع الشهادة مع علمه بعدالة الشهود ان يلزم المدعى عليه بما شهدا به ـ وكما ان الحاكم الاخر مالم يثبت عنده قيام البينة عند الحاكم الاول ليس له ان يحكم كك ليس له ذلك ان لم يثبت الاقرار عنده ـ وكما انه فى الدعوى غير الجزمية يجوز للمدعى المقاصة بعد الاقرار كك يجوز له المقاصة بعد قيام البينة بناء على عموم حجيتها ـ والحاصل ان الفرق بينهما انما يكون على القول بعدم حجية البينة الا عند الحاكم فانه ح لايثبت بها الحق الا بعد حكم الحاكم و هذا بخلاف الاقرار فان حجيته واضحة لكل احد لانها مما عليه بناء العقلاء .

و ربما يفرق بينهما بان تحقق الاقرار لايحتاج الى مؤونة واجتهاد غالبا لان حجيته معلومة ودلالة الالفاظ على الاقرار واضحة غالبا بخلاف البينة فان تحققها يحتاج غالبا الى اجتهادات لاتحصل الا للحاكم ـ ويمكن توجيهه بان ثبوت الحق بالبينة يتوقف على ثبوت حجيتها لكل احد وعلى معرفة حال الشهود من جهة الامور الشرعية التوقيفية ككفاية حسن الظاهر وعدمها وماشاكل وعلى معرفة القيود الشرعية المعتبرة

فى سماع الشهادة وتشخيص من يقبل شهادته ومن لايقبل و من الواضح انذلك كله يحتاج الى مؤونة واجتهاد - بخلاف الاقرار فان حجيته واضحة لكل احد وعلى اى حال ان كانت البينة واجدة لجميع القيود المعتبرة فى حجيتها شرعا فحكمها حكم الاقرار فى انه يجوز العمل على طبقها قبل حكم الحاكم ولكن فصل الخصومة بينهما بنحو لايسمع الدعوى بعده انمايكون بعد حكم الحاكم وفى الاقرار ايضا كك.

وجوب الحكم بعد الاقرار

٣-لاخلاف فى انه يجب على الحاكم الحكم بعد الاقرار الجامع للشرائط وسئوال المدعى للحكم و توقف وصول حقه اليه و هذا من الوضوح بمكان - لان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق ، ولما دل (١) من النصوص الكثيرة على وجوب الحكم بما انزل الله تعالى وبالحق.

انما الكلام فيما نسب الى الاصحاب من وجوبه حتى مع عدم توقف وصول حقه اليه على الحكم فانه يشكل من جهة ماتقدم من عدم كون الحكم جزء لسبب ثبوت الحق و انه يجوز للمدعى اخذ حقه بنفسه بدون الحكم قهرا او تقاصا وجواز اخذ ساير المقتدرين -فانه لااثر للحكم ح الا فصل الخصومة و مجرد ذلك لايوجب صيرورة الحكم واجبا على الحاكم-والاستدلال له بعموم مادل على وجوب الحكم بماانزل الله تعالى - يندفع اولا بالنقض بما لووقع الصلح بينهما بعد الترافع و قبل الحكم فانه لاشك لاحد فى عدم وجوب الحكم فى هذا المورد - و ثانيا بالحل وهو ان وجوب الحكم مقيد بصورة الحاجة و توقف وصول الحق الى صاحبه عليه و الا فلا يكون واجبا فتدبر .

ثم انه على القول بوجوب الحكم امامطلقا - اوفى صورة توقف وصول الحق الى صاحبه وقع الخلاف بينهم فى انه هل يجب قبل سئوال المدعى - ام يتوقف وجوبه على

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب صفات القاضى

السؤال ـ وعلى الثانى هل يجوز ام لايجوز ام يفصل بين ما لوظهر منه عدم الرضا به اومنع عنه لغرض من الاغراض فلايجوز والافيجوز ـ فعن الشيخ فى المبسوط الاستدلال لعدم الجواز بانه حق له فلايستوفى الابمسئلته ونقله فى الشرايع ناسبا له الى القيل ايذانا بضعفه عنده ـ و ذكر فى المسالك فى وجه ذلك ان الحال تشهد بكونه طالبا للحكم حيث احضره للحكومة ـ وبانه حق قدتعين للحاكم فوجب عليه اظهاره .

والحق ان يقال ان مقتضى اطلاق الادلة سيما بعد ملاحظة حال قضاة الجور الثابتة شؤونهم لقضاتنا بمقتضى المقبولة (١) ان الحكومة و مقدماتها بعد حضور المتخاصمين مجلس الخصومة عنده اليه مالم يرفعا يداً اوالمدعى عنها ـ وعليه فالاظهر هو جواز الحكم قبل السؤال الا ان يثبت الاجماع على اعتبار الاذن فانه عليه يجتزى عنه بشاهد الحال الموجود غالبا لعدم الاجماع قطعا على اعتبار الاذن بخصوصه بنحو لايكفى شهادة الحال فلولا الاجماع القول الثانى اظهر ومعه الثالث ـ فعلى فرض الجواز هل يجب ام لاوجهان اظهرهما الثانى للاصل .

-٥- اذا وجب الحكم فيحكم عليه بما يفيد انشاء الزامه ولايكفى فيه الاخبار فان الحكم عبارة عن انشاء الالزام بشىء من مال اوعقد او ايقاع او انشاء اثبات امر كما فى الحكم بالهلال و نحوه ـ نعم لايعتبر فيه لفظ خاص فانه من مقولة المعنى دون اللفظ غاية الامر يعتبر فيه الابراز كساير الامور الاعتبارية ـ وعليه فلا فرق فى ابرازه باى لفظ كان بشرط كونه مبرزا له عرفاً ـ كحكمت ـ و قضيت ـ والزمت و انفذت ـ وادفع اليه ماله ـ اوثبت عندى وما شاكل ـ بل يكفى فيه الفعل الدال عليه اذا قصد به الانشاء كما اذا امر ببيع مال المحكوم عليه او اخذه و دفعه الى المحكوم له ـ

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث١

عقوبة الممتنع عن اداء الدين

٦- لو اقر الخصم وحكم الحاكم - و كان المقر واجدا للمال - والزمه الحاكم **(فان امتنع)** عن ادائه **(حبسه)** الحاكم **(مع التماس خصمه)** بلا خلاف - ويشهد له النبوى (١) - لي الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته ونحوه المروى (٢) عن ابي عبدالله عليه السلام - وفسر العقوبة بالحبس والعرض بالاغلاظ له في القول كقوله ياظالم - اللي هو سوء الاداء والمطل - فدلالتهما على الحكم واضحة - وموثق (٣) عمار - كان امير المؤمنين عليه السلام يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يامر فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فيقسم بينهم - وخبر (٤) غياث - ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلي سبيله حتى يستفيد مالا - وخبره (٥) الاخر ان عليا عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه وخبر (٦) الاصبغ بن نباتة عن امير المؤمنين عليه السلام انه قضى ان يحجر على الغلام حتى يعقل وقضى عليه السلام في الدين انه يحبس صاحبه فان تبين افلاسه و حاجته فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا - وقضى في الرجل يلتوى على غرمائه انه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص فان ابى باعه فقسمه بينهم ونحوها غيرها - ويعضدها الاخبار الواردة في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كخبر (٧) جابر الطويل في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر عن الباقر عليه السلام فانكروا بقلوبكم والفظوا بالسنتكم وصكوا بهاجباههم - ومرسل (٨) الشيخ عن الصادق

(١-٢) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين والقرض حديث ٤

(٣-٤) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر حديث ١

(٥) الوسائل باب ٦ من ابواب الحجر حديث ١

(٦) الوسائل باب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٧) الوسائل باب ٣ من ابواب الامر والنهي من كتاب الامر بالمعروف حديث ١

(٨) الوسائل باب ٧ من ابواب الامر والنهي حديث ٤

عليه السلام قد حق لى ان آخذ البرىء منكم بالسقيم و كيف لا يحق لى ذلك و انتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح ولا تنكرون عليه ولا تهجرونه ولا تؤذونه حتى يتركه ولا يعارضها - صحيح (١) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام كان على عليه السلام لا يحبس فى الدين الا ثلاثة الغاصب ومن اكل مال اليتيم ظلما ومن ائتمن على امانة فذهب بها وان وجد له شيئاً باعه غائباً كان او شاهداً - اما لما عن الشيخ من احتمال ارادة انه كان لا يحبس حبساً طويلا الا الثلاثة لان الحبس فى الدين انما يكون مقدار ما يتبين حاله اولما فى الوسائل من ان تارك قضاء الدين لا يخرج عن الثلاثة. أو لانه يقيد اطلاقه بما مر فلا اشكال فى الحكم فى الجملة. انما الكلام فى فروع.

احدها - انه كما يجوز الحبس والايذاء لاداء الدين هل يجوز اعطاء ماله للمحكوم له من غير اذنه اذا امكن و كان من جنس الحق وبيعه واعطائه الثمن ان لم يكن من جنسه - الظاهر هو ذلك لكونه مما يتوقف عليه ايصال الحق. وللتصريح به فى النصوص السابقة و عليه فهل يكون جواز ذلك بعد العقوبة ام قبلها او يكون الحاكم مخيرا بينهما - ظاهر النصوص السابقة هو كونه بعدها. فمقتضى الاصل عدم الجواز قبلها.

الفرع الثانى هل يجوز التغليظ فى القول والشتم والحبس فى صورة الامتناع للمحكوم له كما يجوز للحاكم - ام لا يجوز شىء من ذلك - ام يفصل بين الحبس فلا يجوز و غيره فيجوز وجوه و اقوال - اقول اما الحبس فحيث ان جوازه مخالف للاصل و النصوص المجوزة مختصة بالحاكم فلا يجوز لغيره - و دعوى - ان ظاهر نقل فعل الامير (ع) يدل على ان الحكم الشرعى فيه ذلك - مندفعة - بعدم ظهوره فيه نعم هو محتمل لكنه لا يفيد - فان قيل - ان ادلة وجوب ردع المماطل واخذ الحق منه تدل على جوازه - قلنا انها مختصة بالحاكم (فان قيل) ان اطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم لى الواجد يحل عرضه وعقوبته يدل على الجواز فان العقوبة شاملة للحبس بل قد عرفت تفسيرها به - ودعوى - انه مجمل اذ لم يبين ان العقوبة على من تحل - مندفعة - بانه

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

اما ظاهر فی جوازها لصاحب الحق او مطلق - والظاهر هو الثانی من جهة ان حذف المتعلق یفید العموم - وكذا اطلاق قوله عليه السلام فی اخبار الامر بالمعروف والنهی عن المنكر المتقدم جملة منها - ولاتؤذونه (توجه) علیه ان مقتضى ذلك وان كان هو الجواز الا ان الظاهر مما ذكره صاحب الجواهر فی كتاب المفلس قال اللهم الا ان یدعی ان الحبس و نحوه من وظائف الحكام لانه كالتعزیر الملحق بالحدود انتهی هو كون اختصاص جوازه بالحاكم مما تسالم الاصحاب علیه - و یمكن ان یستدل له مضافا الی ذلك بكونه من وظائف قضاة الجور وقد دلت المقبوله علی ثبوت جمیع ماهو من شئونهم ووظائفهم لخصوص الحاكم فلاینبغی الاشكال فی عدم جوازه لغیره - نعم یجوز للحاكم ان یاذن لغیره بمباشرته كما هو المتعارف فی الحبس فانه لم یعهد تصدی الحاكم بنفسه له - واما سایر العقوبات فالاظهر جوازها للمحكوم له بل لغیره ایضا لاطلاق الادلة كمایظهر مماذكرناه فی الحبس - ویشهد بجوازها للمحكوم له مضافا الی ذلك - الایة الكریمة (١) «لایحب الله الجهر بالسوء من القول الا من ظلم».

الفرع الثالث **(ولو طلب المدعی اثبات حقه)** فی قرطاس **(اثبته مع معرفته باسمه و نسبه او بعدم معرفة عدلین)** شاهدین ولایكتب بدون ذلك خوفا من التزویر بتواطء المتداعیین لاثبات اقرار علی ثالث فیكتب علیه حجة بخط الحاكم و ختمه لیحكم الحاكم علیه بحكمه السابق المتذكر له بخطه وختمه حیثما یجاء به والحال انه غیر مقر عنده اولافیقع الخطاء بالتزویر فی حكمه وهو لایعلم به **(او بالحلیة)** بكسر الحاء المهملة ثم الیاء المنقوطة نقطتین من تحت بعد اللام - الصفة - فیكتب صفة المقر من لونه وطوله وقصره وماشاكل من الاوصاف التی یؤمن معها من التزویر - ثم انه بعد الاتفاق علی جواز ذلك مع عدم انطباق عنوان آخر علیه اختلفوا فی وجوبه - والظاهر هو الوجوب ان كان الحاكم لایقدر علی اجراء الحكم ولو كتب یوصله المدعی الی من یقدر علی الاجراء وعدمه فی غیر هذا المورد ولایخفی وجهه.

---

(١) النساء آیة ١٤٩

ثم انه قد يقال بعدم جواز الكتابة اذا علم بترتب محرم عليها كالتعدى من الجابر فى الايذاء من قذف اوضرب اواخذ مال اومطالبة من اقربائه ونحوه - لكونه اعانة على اثمين اثم المدعى حيث ان اخذه ذلك ليؤديه الى المقتدر الجابر المتعدى معاونة على الجابر على اثمه واثم الجابر - ولكن يرده ماتقدم من عدم الدليل على حرمة الاعانة على الاثم وعدم صدق الاعانة المحرمة على القول بها على مثل ذلك.

حكم ما اذا كان الغريم معسرا

٧ - اذا كان المدعى به عينا موجودة الزمه الحاكم بردها بعد الاقرار والحكم مطلقا - واما اذا كان دينا - فان لم يكن معسرا والاعسار عندنا كما عن كنز العرفان وفى الرياض عجزه عن اداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن داره وثيابه اللائقة بحاله ودابته وخادمه كك وقوت يوم وليلة له ولعياله الواجبى النفقة يلزم برده.

وان كان معسرا فلا اشكال ولا خلاف فى انه لايجوز حبسه والتغليظ فى القول عليه وماشاكل وقد قال الله (١) تعالى «وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خيرلكم ان كنتم تعلمون» وقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم كمافى خبر (٢) عبدالله بن سنان فى حديث وكما لايحل لغريمك ان يمطلك وهو موسر فكك لايحل لك ان تعسره ان علمت انه معسر - وقال على عليه السلام كمافى خبر السكونى (٣) فى زوج معسر استعدت عليه امرأته عنده انه لاينفق عليها بعد الاباء عن الحبس ان مع العسر يسرا ولم يامره بالتكسب.

انما الخلاف فى انه هل يخلى سبيله ويمهل حتى يحصل له مال كما عن المفيد والشيخ فى الخلاف والحلى والمحقق والمصنف ره فى القواعد والشهيد الثانى فى المسالك

---

(١) البقرة آية - ٢٨٠

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين كتاب التجارة حديث ٥

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب الحجر حديث ٢

وغيرهم في غيرها بل هو المشهور بل عن ابني زهرة وادريس الاجماع على عدم جواز دفعه الى الغرماء ليستعملوه وعن بعضهم ارسال عدم وجوب التكسب عليه ارسال المسلمات أوانه يسلم الى الغرماء ليوجروه اويستعملوه ويستوفوا حقهم كما عن الشيخ في النهاية ام يجب عليه التكسب مع تمكنه من غير حرج وان لم يكن ذا حرفة كما عن جماعة ـ ام يلزم بذلك ان كان مكتسبا والا فيخلى سبيله كما عن ابن حمزة .

فقد استدل للاول ـ بالاية الكريمة المتقدمة ـ وان كان ذو عسرة الخ (وبالمرسل) المتقدم المتضمن ان علياً عليه السلام لم يحبس العاجز عن الانفاق على عياله ولا امره بالتكسب (و بخبر) (١) غياث المتقدم ان علياً عليه السلام كان يحبس الرجل فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا (وبالنبويين)(٢) العاميين ففي احدهما انه صلى الله عليه وآله لما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله ـ وفي آخر ـ انه صلى الله عليه وآله قال في رجل كثر دينه خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك (وبالاخبار) الناهية عن اعسار المعسر كخبر عبدالله بن سنان المتقدم (وبالاخبار) (٣) الدالة على ان الامام عليه السلام يقضى دين المديونين من سهم الغارمين.

والكل كما ترى منظور فيها (اما الاية) فلان المتمكن من الاداء بالتكسب لا يعد من ذى عسرة ـ مع انها تدل على عدم المطالبة حال تعسر الاداء ولا نظر لها الى وجوب التكسب وعدمه (واما المرسل) فلانه قضية في واقعة فلعله عليه السلام كان عالما بعجزه عن التكسب (واما خبر) غياث فهو على خلاف المدعى ادل فان الظاهر من لفظة حتى في قوله حتى يستفيد كونها تعليلة فالمعنى انه كان يخلى سبيله لان يستفيد ويتكسب ـ وعلى فرض التنزل فلا اقل من احتمال ذلك فيسقط عن الاستدلال ـ مع انها لو كانت للغاية ايضا لما كان دالا على عدم وجوب التكسب (واما النبويان) فلانهما

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر حديث ١ ـ ٣

(٢) التذكرة ج ٢ ص ٥٧

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب الدين والقرض

ضعيفا السند ـ مع انهما قضيتان فى واقعتين (واما الاخبار) الناهية عن اعسار المعسر فهى لو دلت على شيء لدلت على انه ان لم يقدر على التكسب لايلزم به ولا تدل على عدم الزام القادر على التكسب به لعدم كونه اعسارا (و اما) نصوص اداء الدين من سهم الغارمين فالجمع بينها وبين نصوص الباب خصوصاً النصوص (١) المتضمنة لحبس على عليه السلام فى ايام بسط يده الغريم للدين ثم انه ان ثبت افلاسه كان يخلى سبيله حتى يستفيد و لم يكن يؤدى دينه ـ يقتضى البناء على اختصاصها بالمديون الذى لايتمكن من اداء دينه بالتكسب ونحوه ـ فالمتحصل انه لادليل على عدم وجوب التكسب

واستدل للقول الثانى بخبر (٢) السكونى عن الصادق عليه السلام ان علياً عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن له مال دفعه الى الغرماء فيقول لهم اصنعوا به ماشئتم انشئتم واجروه وانشئتم فاستعملوه ـ واورد عليه فى المسالك بضعف السند وقد مر مرارا ان روايات السكونى يعتمد عليها ـ ولكن الصحيح ان يورد عليه باعراض الاصحاب عنه.

فالحق ان يقال انه ان امكن له التكسب و لم يكن له فيه حرج وعسر يجب عليه ذلك لان اداء الدين واجب فيجب مقدمته ـ وان كان فيه عسر وحرج يرفع وجوبه بقاعدة نفى العسر والحرج ـ ولنعم ما افاده السيد فى ملحقات العروة من ان حال اداء الدين حال نفقة العيال فى وجوب التكسب لاجلها مع التمكن و كذا ساير التكاليف الموقوفة على المال اذا كان وجوبها مطلقا ولازمه جواز الزامه واجباره على العمل اذا كان متوانيا بل قد يصل الى حد يجوز اجارته و استعماله اذا لم يكن بعثه على العمل الا بهذا الوجه.

انظار الحاكم من ادعى الاعسار

ـ٨ـ لاخلاف (و) لااشكال فى انه (**لو ادعى**) الغريم (**الاعسار**) فتارة يثبت ذلك (و)

(١-٢) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر حديث ـ ٣٠

اخرى لايثبت فان (**ثبت انظره الحاكم**)ولايحبسه كما مر(**وان لم يثبت**)فاما ان يكون مسبوقاً بالاعسار ولم يعرف له مال كما اذا كانت الدعوى على نفقة الزوجة وما شاكل أو على مال يعلم تلفه ـ او يكون مسبوقاً بالايسار بان كان له مال معهود او كان اصل الدعوى مالا كالقرض ونحوه وادعى تلف ذلك المال وانه معسر فعلا ـ اولا يعلم حالته السابقة ـ او كان قد توارد عليه الحالان ولم يعلم حاله فعلا.

فعلى الاول ان صدقه المحكوم له فحكمه حكم ثبوت الاعسار ـ وان لم يصدقه ولكن كان له البينة على انه موسر لحقه حكم المماطل ـ والا فالمشهور بين الاصحاب انه يستحلف المدعى عليه فان حلف على الاعسار ترتب عليه حكمه لانه منكر ـ وان لم يدع كذبه جزما بل ظن ذلك او احتمله لسماع الدعوى بالظن او الاحتمال فيكون المحكوم له مدعيا والمحكوم عليه منكراً ـ وعن المحقق الاردبيلي الحكم بانه لايحلف في هذه الصورة ـ واستدل له بآية النظرة ـ وبانه لادليل على الاحلاف الامع سبق اليسار ـ ولكن يرد على الوجه الاول ان صدق موضوع الاية وهو كونه ذا عسرة مشكوك فيه ومعه كيف يتمسك بالاية ـ وعلى الثاني ان الدليل عموم ما(١)دل على ان اليمين على من انكر ـ و يمكن توجيه ما افاده المحقق المذكور بانه اذا كان مسبوقا بالاعسار يستصحب بقائه فيدخل بذلك في موضوع الاية(٢)الكريمة «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة» ولكن ذلك لا يوجب عدم توجه اليمين اليه بل يؤكده فان المنكر من وافق قوله الاصل كما سيمر عليك فالاظهر انه يستحلف فان حلف لحقه حكم المعسر ـ وان نكل فان كان المدعي جازما في دعواه يساره حلف و جرى عليه حكم اليسار لعموم مادل على الرد وعدم المانع عنه ـ فان قيل ان الرد انما هو في مورد يخرج المدعى عليه عن عهدة المدعى به على فرض الحلف وبعبارة اخرى ان معنى رده الحلف انه ان حلفت اخرج عن عهدة المدعى به فمن يدعى عدم القدرة عليه كيف يرد الحلف قلنا ـ اولا انه تظهر الثمرة والفائدة في نكول المدعي فانه ح تسقط الدعوى ـ وثانيا ان انكاره القدرة

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

(٢) البقرة آية ٢٨٠

لاينفيها واقعا فلورد المنكر وحلف المدعى يثبت عليه اليسار فيحبس ويترتب ساير احكامه ـ وان نكل سقط دعواه وان نكل المنكر ولم يكن المدعى جازمافى دعواه فهل يترتب عليه حكم المعسر اوحكم الموسر.

ربما يقال بالثانى نظراً الى ان مقتضى الاية و الاخبار الدالة على الحبس ان الاعسار شرط فى وجوب الانظار لاان يكون الايسار شرطا فى جواز الاجبار والحبس فاذا لم يتبين كونه معسرا يجوز اجباره وحبسه وان لم يثبت كونه موسرا ايضاً ذكره السيد فى ملحقات العروة ـ والى ان الدين مقتض لجواز المطالبة وان كان بالاجبار و الحبس و العجز مانع عنه فمع احراز المقتضى والشك فى المانع يبنى على تحقق المقتضى بالفتح (ولكن) يرد على الوجه الاول انه ان كان مراده التمسك بعموم مادل على جواز الاجبار و الحبس بدعوى ان الخارج عنه المعسر و مع الشك فى مصداق الخاص يتمسك بعموم العام فيرده انه لا يجوز التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية ـ وان كان مراده انه حيث علق وجوب الانظار على الايسار فمع الشك فى الشرط ينتفى المشروط ـ فيرده ان لازم تعليق وجوب الانظار على الايسار واقعا تخصيص جواز الاجبار والحبس بغير الموسر فكما ان وجوب الانظار غير معلوم فكذلك جواز الحبس والاجبار غير ثابت ـ ويرد على الوجه الثانى منع حجية قاعدة المقتضى والمانع اولا ـ وعدم الطريق الى احرازهما فى الشرعيات ثانيا ـ والحق ان يقال انه يستصحب فى الفرض الاعسار ويترتب عليه حكمه وبه يخرج عن الاخبار وهل يكفى اقامة المحكوم عليه البينة على الاعسار كما عن التذكرة ـ ام لا كما اختاره صاحب الجواهر وجهان ـ الظاهر هو الثانى لان البينة على المدعى واليمين على من انكر وسيأتى لذلك زيادة توضيح.

وعلى الثانى **(الزم بالبينة)** يعنى **(اذا عرف له مال او كان اصل الدعوى مالا)** الزم بالبينة ـ لرجوع الدعوى الى تلف المال فيصير المدعى عليه بالحق مدعيا التلف

المال فيطلب منه البينة فان اقامها انظر لانه يثبت بها الاعسار فيترتب عليه حكمه من غير فرق فى البينة التى يقيمها بين ان تكون على التلف او على الاعسار لعموم مادل على سماعها من المدعى بلا احتياج الى ضم يمين للتفصيل القاطع للشركة - و لكن المنسوب الى الاكثر ان ذلك فى البينة على التلف - واما البينة على الاعسار من غير تعرض لتلف الاموال فهى لاتقبل الااذا كانت مطلعة على باطن اموره بالصحبة المتاكدة و تحتاج مع ذلك الى ضم اليمين - وعن التذكرة عكس مانسب الى الاكثر.

واستدل للاول صاحب الجواهر ره بما حاصله ان بينة الاعسار بينة نفى لرجوعها الى امر عدمى وهو عدم الملك المحتمل ان يكون للاعتماد على الاصل المفروض انقطاعه بالعلم بماله فى السابق وان يكون من جهة الاطلاع على التلف - وعليه فمع الصحبة المتاكدة يقوى الاحتمال الثانى فبالتبع يصير جانب الاعسار قويا فيصير بمنزلة الظاهر و لازم ذلك صيرورة قول مدعى الاعسار موافقا للظاهر فيصير منكرا لقوة جانبه بالظهور فضم اليمين ح من جهة صيرورته بمثل هذه البينة منكرا فان اليمين تتبع من قوى جانبه بالظهور اوالاصل - وهو من الغرائب - اذ ظهور المدعى به للشهود الذين يشهدون به غير كون ذلك ظاهرا بحسب النوع وماذكروه فى ضابط المدعى والمنكر من ان المنكر من وافق قوله الاصل اوالظاهر لوتم فهو غير الظهور للشهود كيف والا يلزم انقلاب المدعى منكرا بعد اقامة البينة فى جميع الدعاوى فانه ان لم يكن الامر ظاهرا للشهود لايجوزلهم الشهادة ومع ظهوره ينقلب المدعى منكرا فلاحظ الجواهر وتاملها فلعله تفهم من العبارة غير مافهمت ويكون الايراد المذكور ناشئا عن القصور فى الفهم.

و ربما يستدل لماذهب اليه الاكثر - بان بينة الاعسار بينة نفى و هى ليست بحجة - وفيه ان كلام بينة النفى ان كان ظاهرا فى الاطلاع على الانتفاء لا للاعتماد على الاصل تكون هى حجة كالبينة على الاثبات - وبينة الاعسار حيث تكون ظاهرة فى الجزم به فتكون حجة - اضف الى ذلك ان الاعسار وان كان امرا عدميا الا ان له جهة

---

(١) البقرة آيه ٢٨٠

وجود كالفقر ولم يعتبروا فى الشهادة بالفقر الاطلاع على باطن امره ولاضم اليمين اليها ـ مع انه ان لم تكن بينة الاعسار حجة فلاوجه للالزام بها ولايفيد ضم اليمين لانها وظيفة المنكر لاالمدعى وان كانت حجة فلاحاجة الى ضمها ـ ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به لما اختاره المصنف فى موضع من التذكرة والذى يسهل الخطب انه حكى عن موضع آخر منها ـ انه اختار عدم الحاجة الى اليمين فى كلتا البينتين كما هو المختار و قد ظهر وجهه مما ذكرناه ـ و علله تارة بما ذكرناه من ان البينة على المدعى واليمين على من انكر والتفصيل قاطع للشركة ـ واخرى بان فيه تكذيبا للشهود .

وان لم يقم البينة ـ فالمنسوب الى المشهور انه يحبس حتى يتبين اعساره او يقر او يخرجه صاحب الحق ـ وعن التذكره انه يحلف مدعى الحق على عدم التلف ثم يحبس وهو ظاهر بعض متاخرى المتاخرين ـ واستدل للاول بالاخبار (١) المتقدمة الدالة على انه يحبس مالم يتبين اعساره وانه يكفى فى جوازه عدم تحقق الاعسار ـ وللثانى بعموم مادل (٢) على ان الحلف على المنكر قال فى المستند ان النسبة بين الطائفتين عموم من وجه ـ فان الاولى شاملة لما اذا كان المدعى عليه منكرا جازما بعدم التلف وما اذا لم يكن جازما به لكنها مختصة بالدين بل وبمن لم يثبت حاله من الاعسار وعدمه والثانية شاملة للدين والعين ولكنها مختصة بما اذا كان المدعى عليه جازما بعدم التلف فيتعارضان بالعموم من وجه فى مورد الاجتماع وهو الدين مع الانكار ومقتضى القاعدة هو التخيير بين العمل باى منهما شاء وان كان الاحوط الاحلاف ثم الحبس ـ ولكن حيث يكون مقتضى القاعدة فى تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح ـ فتقدم الاولى لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات ـ فالاظهر جواز الاجبار و الحبس وان لم يحلف المنكر ـ وعلى الثالث وهو ما اذا لم يعلم الحالة السابقة يجوز ان يحبس حتى يتبين الحال للنصوص .

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر ـ وباب ١١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

البينة على المدعى واليمين على من انكر

المورد الثانى مااذااجاب المدعى عليه بالانكار - فان كان الحاكم عالما بالحال فقد مر انه يقضى بعلمه - وان لم يكن عالما فالحكم ح اما ان يكون بالبينة او اليمين اوبهما - فالكلام فى مواضع ثلاثة - وقبل البحث فيها ينبغى تقديم مقدمة.

وهى انه من القواعد المسلمة عندالكل ان الدعاوى تقطع بالبينة واليمين - والنصوص المستفيضة شاهدة بذلك لاحظ صحيح (١) سعد وهشام بن الحكم عن ابى عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان الحديث والمرتضوى (٢) قال كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحكم بين الناس بالبينات والايمان فى الدعاوى الحديث ونحوهما غيرهما - ثم ان هذا حكم مجمل من حيث المحل ومن حيث كفاية احدهما اواعتبار ضم الاخر اليه ولكن فصل ذلك فى نصوص اخر وهى تدل على ان البينة وظيفة المدعى واليمين وظيفة المدعى عليه - كصحيح (٣) جميل وهشام عن ابى عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله البينة على من ادعى واليمين على من ادعى عليه وصحيح (٤) بريد بن معاوية عن ابى عبدالله عليه السلام عن القسامة فقال عليه السلام الحقوق كلها البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه الافى الدم خاصة ونحوهما غيرهما ومقتضى التفصيل القاطع للشركة انه لايشترط ضم اليمين بالبينة الا اذا كان دليل خاص كالدعوى - على الميت ثم انه لايستفاد من هذه النصوص عدم كون يمين المدعى عليه فى طول البينة بمعنى انه انما تصل النوبة اليه مع عدم البينة للمدعى ،

لكن يستفاد ذلك من جملة من النصوص الاخر - كصحيح (٥) سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام فى كتاب على عليه السلام ان نبيا من الانبياء شكى الى ربه فقال

(١-٢) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى حديث ١ - ٣

(٣-٤) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

يارب كيف اقضى فيما لم ارولم اشهد قال فاوحى الله تعالى اليه احكم بينهم بكتابى و اضفهم الى اسمى فحلفهم به - و قال عليه السلام هذا لمن لم تقم له بينة - و خبر (١) منصور عن الصادق عليه السلام فى حديث - انما امران تطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الافيمين الذى هو فى يده هكذا امرالله عزوجل - و المروى (٢) عن تفسير الامام عليه السلام عن آبائه عن امير المؤمنين عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تخاصم اليه رجلان قال للمدعى الك حجة فان اقام بينة يرضاها و يعرفها انفذ الحكم على المدعى عليه وان لم يكن له بينة حلف المدعى عليه بالله مالهذا قبله ذلك الذى ادعاه ولاشىء منه الحديث ونحوها غيرها .

ثم ان المستفاد من النصوص المتقدمة انه لاتقبل البينة من المنكر وظاهر العلماء ايضا عدم قبولها منه ولكن السيد فى ملحقات العروة قال يمكن ان يقال بناء على عموم حجية البينة - بل الذى يقتضيه اطلاق الاخبار الدالة على ان الفاصل هو البينة واليمين انه لامانع من كفاية البينة للمنكر ايضا اذا شهدت بالنفى على وجه الجزم انتهى اقول اما عموم حجية البينة فلادليل عليه سوى الاجماع والاستقراء وفحوى مادل على حجيتها فى باب المرافعات من الاموال والدماء والفروج وغيرها - لمامر من ان قوله عليه السلام فى موثق (٣) مسعدة والاشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك او تقوم به البينة لايدل على حجية البينة المصطلحة كى يقال ان البينة جعلت غاية لحلية كل شىء ولو كانت مستندة الى اليد او الاستصحاب فيدل على حجيتها بقول مطلق لان البينة هى الحجة و الدليل الموجبة للظهور كما هى معناها اللغوى والمستعمل فيها فى الايات و كلمات العلماء - وحملها فى الموثق على ارادة الاصطلاح الجديد يحتاج الى دليل - وجعلها فى مقابل الاستبانة لايصلح دليلا - فان الاستبانة هى الظهور من قبل نفسه والبينة

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب مايكتسب به كتاب التجارة حديث ٤

هي الظهور بواسطة الدليل ومن الواضح ان شيئا مما يدل على حجية البينة بنحو العموم المتقدم اليه الاشارة لا يصلح دليلا لحجية بينة المنكر ـ و اما اطلاق الاخبار الدالة على ان الفاصل هو البينة واليمين فيقيد بما دل على ان البينة على المدعي واليمين على المنكر فالاظهر انه لا تقبل البينة من المنكر .

ثم انه خرج عن هذه القاعدة اليمين المردودة كما سياتي ثم ان هذه القاعدة جارية في جميع الدعاوى سواء أكانت متعلقة بالمال عينا او دينا او بغيره من العقود و الايقاعات كالنكاح وماشاكل وقد استثنى من ذلك باب الحدود اذا كان حق الله المحض فان الظاهر انه لاخلاف بينهم في انه لا يمين في حد وسياتي التعرض له عند تعرض المصنف ره في الفصل الثالث . ثم ان ماذكرناه هو القاعدة الاولية وقد خرج عن تحتها موارد نشير اليها في ضمن المسائل الاتية ـ اذا عرفت ذلك فيقع الكلام في المواضع الثلاثة .

في الحكم بالبينة

الموضع الاول في الحكم بالبينة (و) فيه مسائل .

-١-(ان جحد) المدعى عليه (**طلبت البينة من المدعي فان احضرها حكم له والا توجهت له اليمين**) على المنكر بلا خلاف ـ ويظهر وجهه مما ذكرناه في المقدمة

٢ ـ اذا قال المدعي لي بينة فهل يجوز للحاكم ان يقول احضرها ام لا ام هناك تفصيل ـ وقدم الكلام في ذلك ـ وفي ان المدعي مخير بين اقامة البينة واحلاف المنكر ـ وفي انه اذا قال لي بينة غائبة يمهله الحاكم الى ان يحضرها في المسألة الثانية عشر من الفصل الاول فلا نعيد .

٣ـ قال السيد في ملحقات العروة لا بأس بتفريق الشهود والسؤال عن كل واحد منهم في غياب الاخر عن مشخصات القضية من الزمان والمكان ونحوهما من الكيفيات اذا ارتاب من غلطهم لعدم قوة عقلهم وماشاكل بل ربما يكون راجحا ـ ثم قال كما فعله امير المؤمنين عليه السلام في سبعة نفر خرجوا في سفر ففقد واحد منهم وذكر اجمال

ما تضمنه خبر ابى بصير(١).

اقول الاولى ان يستدله بصحيح (٢) معاوية عن الصادق عليه السلام المتضمن لقضية المرئة التى جائوا بها الى عمر قدشهدوا عليها انها بغت فان امير المؤمنين عليه السلام فرق فيها بين الشهود وبالغ فى الامر واستقصى سئوالهم حتى اعترفوا بكذبهم - ثم قال عليه السلام الله اكبر انا اول من فرق بين الشهود الادانيال النبى عليه السلام - فما - عن بعض الفقهاء من كراهة التعنيت اى ان يدخل عليهم المشقة ويكلفهم مايثقل عليهم من التفريق وغيره - فى غير محله - ثم ان عدة مسائل مناسبة للمقام ذكرناها فى الفصل الاول.

فى الحكم باليمين

الموضع الثانى فى الحكم باليمين وفيه ايضاً مسائل

١- اذا قال المدعى لابينة لى اولا اقيمها بناء على ان له ذلك كما مر عرفه الحاكم ان له اليمين على خصمه ان لم يعلم المدعى بذلك و ح **(فان التمسها)** اى التمس المدعى اليمين **(احلف)** الحاكم **(المنكر ولايجوز احلافه حتى يلتمس المدعى)** بلا خلاف فيه بينهم بل قولا واحداً كما فى الرياض بل هو اجماع محقق كمافى المستند لانه حق له- وليس هنا شاهد حال بعد كون حلف المنكر مسقطا للدعوى اذ قد يتعلق غرض المدعى ببقائها الى وقت آخر اما ليتذكر البينة او ليتحرى وقتاً صالحا لايتحرى المنكر على الحلف فيه ونحو ذلك

وربما يستدل له بصحيح (٣) ابن ابى يعفور عن الصادق عليه السلام اذا رضى صاحب يمين المنكر لحقه فاستحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلادعوى له الحديث بتقريب انه علق اذهاب اليمين بالحق برضا صاحب الحق وايضاً

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٣) الوسائل باب ٩ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

اشترط استحلافه اي طلب الحلف فلا يذهب الدعوى بدون طلبه - قيل و به يظهر دلالة الاخبار المتضمنة للاستحلاف - كخبر (١) النخعي عن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده قال ان استحلفه فليس له ان يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهوعلى حقه و نحوه غيره على ذلك - فانها تدل على اشتراط عدم جواز الاخذ باستحلافه وبدونه يبقى على حقه وبها يقيد اطلاقات حلف المنكر

واستدل المحقق العراقي ره له بمنع اطلاق في ميزانية اليمين على وجه يشمل عدم رضا المدعى بها اذ اطلاقات اليمين طرا وردت في مقام بيان غير هذه الجهة فح يكفي لنا الشك في ميزانية اليمين في غير فرض رضاه بها (وفيه) ان النصوص المتقدمة المتضمنة ان البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه مطلقة ولا تكون في مقام بيان غير هذه الجهة وعلى هذا **(فان تبرع)** المنكر فحلف **(او احلفه الحاكم لم يعتد بها و اعيدت مع التماس المدعى)** لما عرفت من شرطية طلبه في ميزانية اليمين

٢ - كما لا يعتد بحلف المنكر بدون طلب المدعي وان احلفه الحاكم كذلك لا يعتد بحلفه بدون اذن الحاكم و ان التمس المدعي على المشهور وفي الجواهر من غير خلاف اجده فيه وعن مجمع البرهان نسبته الى الاصحاب كافة (وقد استدل) له بان ايقاعه موقوف على اذنه وانه وظيفته - وبانه من تتمة الحكم ولا حكم لغيره - وبانه المتبادر من الاستحلاف في الاخبار - وبانه المعهود المنصرف اليه الاطلاق الاخبار - وباصالة عدم ترتب الاثر - وبمنع الاطلاق في اخبار الحلف (وفي الكل نظر) اما الاول فلانه مصادرة فان كونه وظيفته مورد النزاع - واما الثاني فلانه من مقدمات الحكم لا من اجزائه - واما الثالث فلان المذكور في الاخبار استحلاف المدعي لا الحكم - واما الرابع فلعدم صلاحية مثل هذا الانصراف البدوي لتقييد الاطلاق - واما الخامس فلانه لا يرجع اليه مع اطلاق الدليل - واما السادس فلما مر من وجود الاطلاق - ولعله لذلك كله قال في الجواهر - وان كان اقامة الدليل عليه ان لم يكن اجماعا

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

في غاية الصعوبة.

ولكن يمكن ان يستدل له مضافاً الى الاجماع بوجهين- احدهما- ان الاستحلاف من وظائف قضاة الجور وقد دلت المقبولة على ثبوت جميع ماهو من شؤنهم ووظائفهم للحاكم الشرعي فيكون ذلك وظيفتهم ايضا فيقيد بذلك اطلاق اخبار الحلف- ثانيهما- النصوص المتضمنة لقوله واضفهم الى اسمي او فحلفهم- كصحيح(١) سليمان بن خالد عن ابيعبدالله عليه السلام قال في كتاب علي عليه السلام ان نبياً من الانبياء شكى الى ربه فقال يا رب كيف اقضي فيما لم ارولم اشهد قال فاوحى الله تعالى اليه احكم بينهم بكتابي واضفهم الى اسمي فحلفهم به قال هذا لمن لم تقم له بينة- ونحوه مرسل(٢) ابان - وخبر(٣) محمد بن قيس - ويؤيده المروي (٤) عن تفسير الامام المتضمن لنسبة التحليف الى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم - وبعض النصوص المتضمنة (٥) لقضاء امير المؤمنين المشعر بان ذلك وظيفة الامام والحاكم- واما خبر (٦) اليهودي الاتي المشتمل على تحليف الوالي المعلوم كونه ليس من اهل الحكومة فلابد من طرحه ولو بحمله على التقية من ولاة الجور - فالاظهر ان التحليف وظيفة الحاكم.

٣- صرح جماعة منهم المصنف ره والمحقق والحلي وغيرهم بانه يجب ان يكون الحلف في مجلس القضاء والحكم ونفى بعضهم عنه الخلاف بل قال ان ظاهر الاجماع عليه -وعن التحرير عدم اشتراطه- اقول ان اقامة الدليل عليه لو لم يكن اجماع في غاية الصعوبة فانهم استدلوا له ببعض ماتقدم في كون الحلف وظيفة الحاكم- من الاصل وعدم الاطلاق- والانصراف- والتبادر- وقد عرفت مافي الجميع -وبالاخبار المتضمنة لامر الحاكم بتحليف المدعى عليه بدعوى ان المتبادر منها كونه في حضوره- بعد

(١-٢-٣) الوسائل باب ١- من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٢-٣

(٤) الوسائل باب ٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٥) الوسائل باب ٢١ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٦) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

طلبه - و یرده اولا انه لوتم لزم منه کون الحلف فی مجلس الحاکم دون مجلس الحکم وهوغیر مطلوبهم -وثانیا- ان التحلیف وصدور الحلف بامره یمکن من دون ان یحضر المجلس فالعمدة فیه الاجماع.

نکول المنکر عن الیمین

٣- اذا جحد المنکر ولم یحلف - فتارة ینکل و یأبی عن الرد علی المدعی- واخری یرده علی المدعی **(فان نکل ردت)** الیمین **(علی المدعی و ثبت حقه ان حلف المدعی)** کما عن الاکثر بل عن الخلاف والغنیة الاجماع علیه وعن السرائر انه مذهب اصحابنا عدا الشیخ فی النهایة- وعن جماعة منهم الصدوقان والشیخان والدیلمی والحلبی والمحقق والمصنف فی بعض کتبه والمحقق الثانی و جماعة من متاخری المتاخرین انه یقضی علیه بالنکول ویلزم بحق المدعی بمجرده.

واستدل للاول- باصالة عدم ثبوت الحق بمجرد النکول فان المتیقن ثبوته به هو ما اذا حلف المدعی بعد الرد علیه وبان الواجب علی المنکر الحلف اوالرد علی المدعی **للاخبار**(١) الدالة علی التخییر بینهما فاذا امتنع عن الامرین رد الحاکم الیمین من باب الولایة علی الممتنع- وبالاخبار(٢) المستفیضة المتضمنة ان القضاء بین الناس انما هو بالبینات والایمان-وبصحیح (٣) عبید بن زرارة عن ابی عبدالله علیه السلام فی الرجل یدعی علیه الحق ولا بینة للمدعی قال علیه السلام یستحلف ... ایرد الیمین علی صاحب الحق فان لم یفعل فلا حق علیه ... علی قرائة یرد بالبناء بصیغة المجهول -وبصحیح (٤) هشام ع... ترد الیمین علی المدعی -وبوجوه اخر بینة الوهن.

ولکن الاصل معارض باصول کثیرة کاصالة عدم ثبوت الحلف علی المدعی خرج عنها ما لورد المدعی علیه- واصالة برائة ذمة الحاکم من التکلیف بالرد - و اصالة

(١-٣-٤) الوسائل باب ٧ من ابواب کیفیة الحکم حدیث ٠-٢-٣

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب کیفیة الحکم

برائة المدعى من التكليف باليمين ـ واصالة عدم كون النكول عنها حجة للمنكر الى غير تلكم من الاصول ـ مع انه لو تم توقف على عدم الدليل على القول الاخر والوجه الثانى مردود بعدم الدليل على وجوب احدهما والنصوص انما تدل على ان له احد الامرين لا انه واجب عليه ـ واما الثالث فالاستدلال بتلك النصوص يتم ان لم يكن هناك مقيد وقد عرفت ان اطلاقها قيد بما دل على ان البينة على المدعى واليمين على من انكر ـ و اما الصحيحان ـ فالظاهر منهما و لا اقل من المحتمل ـ كون يرد فيهما بصيغة المعلوم ـ مع انه على فرض كونه بصيغة المجهول فالمراد رد المنكر لا غيره من الحاكم اوغيره.

ويمكن ان يستدل للثاني مضافا الى الاصل بخبر (١) عبد الرحمن بن ابى عبدالله قال قلت للشيخ عليه السلام خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله قال: عليه السلام فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له وان لم يحلف فعليه فان كان المطلوب عليه قدمات ـ الى ان قال ولو كان حيا لالزم اليمين أوالحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت الحق ـ وفى كل من صدر الخبر وذيله دلالة على المطلوب ـ اما الصدر فقوله وان لم يحلف فعليه اذ الظاهر منه ان المنكر ان لم يحلف فعليه الحق واما الذيل فقوله و لو كان حيا لالزم باليمين اوالحق او يرد اليمين حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم اذا امتنع عن الجميع.

واورد على الاستدلال به ـ تارة بضعف السند ـ واخرى بان الفقرة الاولى ليست فى الفقيه ـ وبدلها فيه ـ وهو ان رد اليمين على المدعى ... حلف فلاحق له ـ مع انه يحتمل كون الضمير راجعا الى المدعى والمبتدأ المقدر الحلف اى فعلى ... الحلف وح فيدل على القول الاخر ـ واما الفقرة الثانية فيمكن ان يكون يرد بصيغة المجهول ويكون المراد رد الحاكم ولا اقل من الاحتمال ـ وثالثة بان مقتضى اطلاقه ثبوت الحق عليه بعدم الحلف وان رد اليمين ولا قائل به فلا بد من تقييده اما بالنكول عن الرد

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

او بما اذا رده على المدعي وحلف والاول ليس بارجح من الثاني ـ ورابعة باحتمال التقية فيه لكون ذلك مذهب جمع من العامة ومنهم ابو حنيفة .

والكل فاسدة ـ اما الاول فلانه ليس في طريقه من يتوقف فيه سوى ياسين الضرير وقد عد حديثه المحقق الداماد من القوى وعن المجلسي انه حسن الحال وعده ابن داود في الباب الاول الكاشف عن اعتماده عليه ـ اضف الى ذلك استناد جمع كثير من القدماء والمتاخرين اليه ـ واما الثاني فما ذكر بالنسبة الى الفقرة الاولى يرد ـ اولا باحتمال تعدد الخبر ـ وثانيا بان الكليني اضبط من الصدوق ـ وثالثا ـ بانه في الوسائل الموجودة عندي ان الخبر مروى في الفقيه بدون الفقرة الاولى لا مع تبديلها بما ذكر وعليه فمقتضى اصالة عدم الزيادة البناء على وجودها ـ واحتمال كون الضمير فيها راجعاً الى المدعي خلاف الظاهر ـ واما ماذكر بالنسبة الى الفقرة الثانية فضعفه ظاهر فان رد الحاكم اليمين ليس منوطا بالحياة ـ مع انه لو كان كك كان اللازم ان يقول ويرد بلفظ واو دون او ـ واما الثالث فلان مقتضى القاعدة هو تقييد الاطلاق بمقدار مادل عليه المقيد لا ازيد ولا معنى للدوران ففي المقام مقتضى اطلاق الخبر ثبوت الحق عليه مطلقا بعدم الحلف خرج عنه ما لو رد اليمين ولم يحلف المدعي فيبقى الباقي ـ واما الرابع فلان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى عند التعارض بعد فقد جملة من المرجحات لا من مميزات الحجة عن اللاحجة.

وربما يستدل له ايضاً بصحيح(١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن الاخرس كيف يحلف اذا ادعى عليه دين وانكر ولم يكن للمدعي بينة فقال ان امير المؤمنين عليه السلام اتى باخرس فادعى عليه دين ولم يكن للمدعي بينة فقال امير المؤمنين ـ الى ان قال ماحاصله ان امير المؤمنين عليه السلام كتب له اليمين و غسلها و امره بشربه فامتنع فالزمه الدين ـ فانه ظاهر في انه لم يرد اليمين على المدعي سيما مع وجود لفظ فاء الظاهرة في ترتب الالزام على الامتناع ـ واورد عليه تارة بانه قضية في واقعة

(١) الوسائل باب ٣٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

فلعله كان ذلك بعد حلف المدعى اوانه لم يمكن الرد عليه لخصوصية ـ واخرى بان المشهور لم يعملوا به ـ و ثالثة بان الجمهور نقلوا عن على عليه السلام خلاف ذلك ـ ورابعة بلزوم التقدير والالزم البناء على الالزام بالحق وان رد اليمين ـ

ويرد الاول اولا ما تقدم من ظهوره ولو بقرينة فاء في ترتب الالزام على الامتناع من دون واسطة شيء ـ وثانياً ان الامام الصادق عليه السلام يروى القضية لبيان حكم الله تعالى ولا يحتمل دخل خصوصية من خصوصيات الواقعة في الحكم و لم يذكرها ـ ويرد الثاني انا نعمل به مع ان الاصحاب قالوا انه لاخصوصية للغسل والشرب ـ وعلى فرض كون ذلك من مصاديق الاشارة فهم قائلون به ـ ويرد الثالث عدم الاعتبار بنقل الجمهور ـ واما الرابع فيرد بان المثبت للحق هو النكول والامتناع عن الحلف الا اذا رد اليمين والقيد يثبت بدليل آخر ـ فالحق انه يدل على المطلوب واحتمال الاختصاص بالاخرس يدفع بعدم القول بالفصل.

وربما يستدل له بخبر (١) ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام في حديث ـ لو ان رجلا ادعى على رجل عشرة الاف درهم او اقل من ذلك او اكثر لم يكن اليمين على المدعى وكانت اليمين على المدعى عليه بتقريب انه يدل على ان لا يمين على المدعى مطلقا خرج عنه ما لو رد المدعى عليه ـ وعليه ففي صورة النكول اما يلزم المدعى عليه بالحق او المدعى بترك الدعوى أو يوقف الحكم والاخيران باطلان بالاجماع فيبقى الاول وهو المطلوب ـ وربما يقال في تقريب الاستدلال انه اذا نكل المدعى عليه فليس الا يمين المدعى او الزام المدعى عليه اجماعا والاول باطل بعموم الرواية فبقى الثاني وهو المطلوب ـ وبما ذكرناه ظهر انه يمكن الاستدلال للمطلوب بقوله صلى الله عليه وآله البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ـ مما ذكرناه انه ان نكل المدعى عليه عن اليمين ثبت الحق بمجرده بلا احتياج الى يمين المدعى.

ثم ان الظاهر انه ان رجع المنكر الناكل عن نكوله قبل حكم الحاكم فيلتفت

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب دعوى القتل ومايثبت به حديث ٥ كتاب القصاص

اليه لعدم ثبوت الحق عليه بعد ـ فان قيل انه قد وجب على الحاكم الحكم عليه فيستصحب ـ قلنا مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام الكلية انه لم يجب الحكم عليه الا مشروطا بان لايحلف اويرد اليمين وان كان ذلك بعده فلايلتفت اليه لثبوت الحق عليه ـ ومادل على ان عليه اليمين انما هو ما لم يثبت عليه الحق والا فلا يعتنى بالبينة ولااليمين ولاغيرهما ـ ثم ان المرجع فى تحقق النكول وعدمه هو العرف وما عن السرائر من انه يتحقق النكول بعرض الحاكم عليه اليمين ثلاث مرات مع سكوته فى كل مرة لادليل عليه.

ثم انه على القول الاخر لورد الحاكم اليمين على المدعى (فـ) ان حلف ثبت الحق على المنكر و(**ان نكل بطلت دعواه**) كما هو واضح.

رد اليمين

هذا كله فيما اذا نكل (**و ان رد اليمين حلف المدعى**) بلا خلاف بل عليه الاجماع والنصوص الكثيرة شاهدة به ـ منها صحيحا هشام و عبيد ـ وخبر البصرى المتقدمة فى صورة النكول ـ ومنها صحيح (١) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام فى الرجل يدعى ولابينة له قال يستحلفه فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلاحق له ـ ومنها خبر (٢) جميل عن الصادق عليه السلام اذا اقام المدعى البينة فليس عليه يمين وان لم يقم البينة فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فابى فلا حق له ـ و منها ـ مرسل (٣) ابان عن رجل عنه عليه السلام فى حديث انا ارد اليمين عليك لصاحب الحق فان ذلك واجب على صاحب الحق ان يحلف و يأخذ ماله ـ ومنها غير ذلك من الاخبار فاصل الحكم مما لا كلام فيه انما الكلام فى فروع.

منها انه اذا كان المورد مما لايتمكن المدعى من الحلف اما لكون المدعى به مال الغير و كان المدعى وكيلا او ولياً اووصياً اوما شاكل اولعدم الجزم بالحق فهل يشرع له اليمين ويخصص به مادل (٤) على عدم جواز الحلف عن غير بت ـ او

(١-٢-٣) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٦-٥
(٤) الوسائل باب٢٢ من كتاب الايمان

لاثبات مال الغير - ام لا يجوز له الحلف فيثبت حكم نكول المنكر عن الحلف - ام يوقف الدعوى الى مجيء الموكل او بلوغ المولى عليه اورشده وجوه - والتحقيق ان يقال ان نصوص الرد مختصة بما اذا جاز الحلف لان جواز الرد فرع جواز الحلف فاذا لم يجز لم يجز - وايضاً مورد اكثرها ما اذا كان المدعي صاحب الحق وادعى لنفسه اما للتصريح بذلك اولقوله فيها حقه اولاحق له اوصاحب الحق اوماله وهي لا تشمل الدعوى على مال الغير وما يبقى منها كصحيح هشام منصرف اليه - وعلى هذا فيرجع في الموارد المشار اليها الى عمومات البينة على المدعي و اليمين على من انكر غير المعارضة بنصوص الرد ومقتضاها بضميمة ما ذكرناه في نكول المنكر عن اليمين انه ان لم يحلف ثبت عليه الحق - ومافي ملحقات العروة - نعم في الوكيل والولي يمكن ان يقال بايقاف الدعوى الى مجيء الموكل اوبلوغ المولى عليه اورشده - وان كان يمكن توجيهه في الوكيل لانه يتمكن الموكل من الحلف لانه المدعي حقيقة والوكيل آلته - و لكنه لا يتم في الولي لانه ترك لادلة الحكم بالنكول بلاموجب - وتوهم انه حيث يكون المدعي مخيرا بين الحلف والنكول - و معلوم ان مجرد الاضطرار الى ترك احد الفردين لايوجب سقوط الاخر فيجوز الرد عليه غاية الامر ينكل فيقضى بسقوط حقه - يندفع بانه يتم على فرض شمول دليل الرد له وقد عرفت عدم شموله وان شئت قلت ان الحكم بنكوله ايضا ينصرف الى صورة تمكنه من حلفه فينكل لامطلقاً

ومنها ان اليمين المردودة هل هي بمنزلة بينة المدعي او بمنزلة اقرار المنكر - وقد ذهب الى كل منهما جماعة وفرعوا على ذلك فروعا - ولكن حيث انه لادليل على شيء منهما يمكن الاستناد اليه فالاظهر انها امر مستقل كما افاده جمع من المحققين ففي تلكم الفروع لابد من الرجوع الى ساير الاصول والقواعد.

و منها - انه بعد ماظهر مما اسلفناه من انه بعد رد اليمين ان حلف ثبت الحق **(فان نكل بطلت دعواه)** وقع الكلام في انه هل تبطل في ذلك المجلس خاصة فيسمع دعواه في مجلس آخر وله مطالبة الخصم بعد ذلك بل ومقاصته كما عن المبسوط وموضع من القواعد - ام تبطل دعواه مطلقا كما عليه اكثر من تقدم وعامة من تاخر - ظاهر

الاخبار المتقدمة هو الثاني ولا فرق في سقوطها بين ما اذا اقام بعده بينة ام لم يقم لاطلاق الاخبار المتقدمة ـ وعن التحرير والشهيدين وغيرهم سماع دعواه اذا اتى بينة (واستدلوا) له بان معنى قولهم عليه السلام في الاخبار المتقدمة ـ ولا بينة له ـ اوليس له بينة ـ وما شاكل ـ انتفائها في نفس الامر وانحصار الحجة المثبتة لحقه في اليمين وبانصراف اطلاق الاخبار الى صورة عدم البينة (ولكن) في موثق جميل المتقدم وان لم يقم البينة . . . الخ وهو شامل لجميع صور عدم اقامة البينة سواء كان لعدمها اوعدم تذكرها اوعدم ارادتها اوغير ذلك وقريب منه مافي خبرابي العباس ومرسل ابان ـ واما الانصراف فممنوع ـ فالاظهر عدم السماع ـ نعم الظاهر انه لو كان ذلك من اول مارد عليه ولم يحلف بنحو الاستمهال حتى ينظر في الحساب أويسأل الشركاء او كان لاجل توقع حضور البينة لم يبطل حقه كما عن المسالك وغيرها لانه لايصدق ح انه لم يحلف لان الظاهر منه البناء على عدم الحلف مع عدم ادعاء البينة ومع ارتفاع احد القيدين لايصدق ذلك . مع انه في طائفة من الاخبار ابى ان يحلف وظهوره فيما ذكرناه لاينبغي انكاره ـ فما ـ عن التحرير من عدم السماع ح ايضاً ـ ضعيفة ـ ثم ان الظاهر انه لايقدر الامهال بقدر لعدم الدليل عليه والاصل يقتضي عدمه ـ ولان اليمين هنا لاثبات حقه واليمين حقه فله تاخيرها ماشاء بخلاف المدعى عليه .

ومنها انه ليس للمدعي بعد الرد عليه الرد ثانيا لان جواز الرد امر توقيفي ولادليل عليه ـ ولان ظاهر المرسل المتقدم وجوب اليمين عليه ـ مع انه يلزم من جوازه التسلسل ـ وهل للمنكر استردادها وحلفه بنفسه املا ـ الظاهر انه ليس له ذلك بعد حلف المدعي كماهو المشهور بين الاصحاب بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ـ لانه يثبت له الحق بحلفه على مايقتضيه الاخبار المتقدمة ولايسقط الحق الثابت باليمين ـ وان كان قبل حلفه ففيه قولان ـ اولهما للشيخ وجماعة ـ ثانيهما للشهيد وجمع ـ منشأهما ـ ان الرد في معنى الاباحة لاالابراء والاصل بقاء الحق وان الرد والحلف والاسترداد امور شرعية توقيفية ولادليل هنا ـ والاظهر هو الثاني ـ ودعوى

انه یستصحب جواز حلف المنکر - مندفعة - بعدم جریان الاستصحاب فی الاحکام الکلیة اولا - و معارضته باستصحاب جواز حلف المدعی الثابت قبل الاسترداد لعدم جریان الاستصحابین معا لعدم امکان اجتماع الحلفین ثانیا - وظهور الاخبار المتقدمة فی لزوم الحلف علی المدعی المستلزم سقوطه عن المنکر ثالثا .

لا یجوز المقاصة بعد الیمین

٥- اذا لم یکن للمدعی البینة و استحلف المنکر - فتارة لایحلف - واخری یحلف - فان لم یحلف فقدمر حکمه(**و اذا حلف المنکر لم یکن للمدعی المقاصة ولا تسمع بینته بعد الیمین الا ان یکذب نفسه**) بلا خلاف فی شیء من تلکم و علیها الاجماع فی کثیر من الکلمات - ویشهد للمستثنی منه جملة من النصوص کصحیح (١) ابن ابی یعفور عن الصادق علیه السلام اذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه فاستحلفه فحلف ان لاحق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلادعوی له قلت وان کانت علیه بینة عادلة قال نعم وان اقام بعد ما استحلفه بالله خمسین قسامة ما کان له و کانت الیمین قد ابطلت کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه قال رسول الله صلی الله علیه وآله وسلم من حلف لکم علی حق فصدقوه ومن سألکم بالله فاعطوه ذهبت الیمین بدعوی المدعی ولادعوی له - وخبر (٢) خضر النخعی عنه علیه السلام فی الرجل یکون له علی الرجل المال فیجحده قال علیه السلام ان استحلفه فلیس له ان یاخذ شیئا وان ترکه ولم یستحلفه فهو علی حقه وخبر (٣) عبدالله بن وضاح فی قصة الیهودی الذی خانه الف درهم وحلف عند الوالی ثم وقع منه ارباح عنده قال فکتبت الی ابی الحسن علیه السلام فاخبرته انی قد احلفته فحلف وقد وقع له عندی مال فان امرتنی ان آخذ منه الالف درهم التی حلف علیها فعلت

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب کیفیة الحکم

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب کیفیة الحکم حدیث ١

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب کیفیة الحکم حدیث ٢

فكتب عليه السلام لاتاخذ منه شيئاً ان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تاخذ من تحت يدك و لكنك رضيت بيمينه وقد ذهب اليمين بما فيها - فلم آخذ منه شيئا وانتهيت الى كتاب ابى الحسن عليه السلام - ومرسل (۱) ابراهيم بن عبد الحميد فى الرجل يكون له على الرجل فيجحده اياه فيحلف يمين صبران ليس له عليه شىء قال عليه السلام ليس له ان يطلب منه و كذلك ان احتسبه عندالله فليس له ان يطلبه منه. وصحيح (۲) سليمان بن خالد عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل وقع له عندى مال فكابرنى عليه وحلف ثم وقع له عندى مال فآخذه لمكان مالى الذى اخذه و اجحده واحلف عليه كما صنع قال عليه السلام ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيماعتبه عليه ونحوها غيرها .

واماحسن (۳) ابى بكر الحضرمى عنه عليه السلام قال قلت له رجل لى عليه دراهم فجحدنى وحلف عليه ايجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى فقال عليه السلام نعم الحديث - فان امكن حمله على الحلف قبل استحلاف المدعى والحاكم ايضا نظرا الى انه شامل لذلك ولغيره فيقيد اطلاقه بمامر فهو المتعين - والا فيطرح لعدم صلاحيته لان يقاوم مع ماتقدم .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين اشتراط الحالف سقوط الحق باليمين وعدمه - وبين ان يكون الاحلاف من المدعى لعدم علمه بالبينة اونسيانه اياها - وبين علمه و رضاه باليمين مطلقا - فما عن المفيد و الديلمى والقاضى و ابن حمزة من السماع مع عدم شرط الحالف سقوط الحق بالحلف - وماعن موضع من المبسوط من سماعها مطلقا - وماعن جماعة من التفصيل بين صورة عدم علمه بالبينة أو نسيانه اياها و بين صورة علمه ورضا[ه م]طلقا - لاوجه لها .

وقداستدل للاول بالحاق ا[ليمي]ن بالاقرار - وهومضافا الى كونه قياسا - اجتهاد

---

(۱) الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث ۱

(۲-۳) الوسائل باب ۸۳ من ابواب مايكتسب به حديث ۷ و[...] التجارة

في مقابل النص ـ وللثاني باطلاقات سماع البينة ـ وهي تقيد بما مر ـ وللثالث بان سماع البينة مع نسيان البينة اوعدم علمه بها من جهة ان طلب الحلف ح لظن عجزه من استخلاص حقه بالبينة ـ وجوابه ظاهر مما قدمناه .

ثم ان مقتضى اطلاق الاخبار عدم الفرق بين كون المدعى به عينا اودينا فلو ادعى عليه عينا في يده ولم يكن له بينة فاستحلفه فحلف لم يجزله التصرف في تلك العين ـ وانصرافها الى الدين ممنوع سيما و ظاهر بعضها في العين ـ وعلى ذلك فقد يقال انه يقع التعارض بين هذه النصوص والنصوص الدالة على عدم خروج المال عن ملك مالكه بالحلف ـ كصحيح(١) سعد وهشام عن الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم انما اقضى بينكم بالبينات والايمان و بعضكم الحن بحجته من بعض فايما رجل قطعت له من مال اخيه شيئاً فانما قطعت له به قطعة من النار ـ والمروى(٢) عن تفسير الامام عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحكم بين الناس بالبينات والايمان في الدعاوى فكثرت المطالبات والمظالم فقال صلى الله عليه وآله وسلم ايها الناس انما انا بشر وانتم تختصمون ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وانما اقضى على نحو ما اسمع منه فمن قضيت له من اخيه بشيء فلا يأخذ به فانما اقطع له قطعة من النار ونحوهما غيرهما الدال على انه يجب على الحالف فيما بينه و بين الله التخلص من حق المدعي وان حقه بالنسبة الى المال لا يسقط بالمرة بل هو باق على ملكيته فيقع المعارضة بينها و بين نصوص الباب الدالة على سقوط حقه ـ واجيب عنه بانه تحمل النصوص الثانية على خصوص ما هو وظيفة الحالف بينه و بين ربه ـ ويرده ان تخصيصه بذلك ينافي قوله صلى الله عليه وآله وسلم فلا ياخذ به وفي الصحيح فانما قطعت له به قطعة من النار فانهما ظاهران في بقاء المال على ملك ماله .

فالحق في الجمع يقتضي البناء على اختصاص نصوص الباب بعدم جواز المطالبة وعدم جواز المقاصة وعدم سماع الدعوى منه بعد الحلف ونحو ذلك مما يعد معارضة للمنكر كهبة العين وبيعها من غيره ـ واما ما لا يعد معارضة له كابرائه من الدين او

(١-٢) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٣

احتساب ماعليه خمسا وماشا كل فلامانع منه ـ ثم انه كمالايجوز للحالف مع عدم اعتقاده كون حلفه على خلاف الواقع التصرف في المال كما يشهد به النصوص المتقدمة كك لايجوز لكل من علم بكذب المنكر في حلفه ان يرتب آثار الملكية على ما حلف عليه بل يجب عليه الامر بالخروج عن حق المدعى من باب النهى عن المنكر.

ثم ان المشهور بين الاصحاب انه لو اكذب الحالف نفسه فادعى سهوه او ان اثباته بالحلف للعجز عن الاداء حين الترافع وماشا كل ذلك واعترف بالحق جاز للمدعى المطالبة وحلت له المقاصة ـ قال المحقق الاردبيلى ولعله لا خلاف فيه وعن المهذب دعوى الاجماع عليه (و استدل له) بانصراف النصوص بحكم التبادر الى غير محل الكلام ـ وبتصادقهما على بقاء الحق في ذمة الخصم فلاوجه للسقوط ـ وبعموم (١) مادل على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ـ وبعموم ـ ما دل على جواز المقاصة الاتى وبخبر (٢) مسمع ابى سيار قلت لابى عبدالله عليه السلام انى كنت استودعت رجلا مالا فيجحدينه وحلف لى عليه ثم انه جائنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى اودعته اياه فقال هذا مالك فخذه وهذه اربعة الاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل فاخذت منه المال وابيت ان آخذ الربح منه ورفعت المال الذى كنت استودعته وابيت اخذه حتى استطلع رأيك فماترى فقال عليه السلام خذ نصف الربح واعطه النصف وحلله فان هذا رجل تائب والله يحب التوابين (ولكن) الاول ممنوع ـ والثانى مصادرة او اجتهاد في مقابل النص ـ والثالث يدل على ثبوته فى ذمته ولايدل على جواز المقاصة والمطالبة لعدم كون الاقرار اقوى من العلم و بعبارة اخرى انه يدل على طريقية الاقرار لاثبات الواقع فيجرى فيه ما ذكرناه فى العلم ـ والرابع اعم من النصوص المتقدمة و ...ة المقيد مقدم على اطلاق المطلق ـ والخامس يدل على جواز الاخذ لو بذل الحالف المال وهو ...نه حتى مع عدم الاقرار ـ فاذاً لادليل على جواز

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٢) الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث ٣

المطالبة والمقاصة سوى الاجماع فتدبر .

ثم انه قال صاحب الجواهر ره ـ قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة الى انشاء حكم من الحاكم بذلك لكن التحقيق خلافه ضرورة كون المراد من هذه النصوص وما شابهها تعليم مايحكم به الحاكم والا فلابد من القضاء والفصل بعد ذلك كما اؤمأ اليه بقوله صلى الله عليه وآله وسلم انما اقضى بينكم بالايمان والبينات ـ بل لو اخذ بظاهر هذه النصوص وشبهها لم يحتج الى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقا ضرورة ظهورها في سقوط دعوى المدعى وثبوت الحق بالبينة ونحوها فتامل جيدا انتهى وهو حسن .

ما به يثبت الدعوى على الميت

الموضع الثالث فيما يحكم فيه بالبينة واليمين معا ـ **(و)** فيه مسئلتان ـ الاولى **(لو كان الدين على ميت احتاج المدعى)** في اثبات حقه عليه **(مع البينة الى اليمين على البقاء استظهارا)** على المشهور بين الاصحاب كما قيل بل بلا خلاف بينهم كما عن آخر بل عليه الاجماع كما عن غير واحد وان كان لا يخفى ما فيه لان اكثر القدماء لم يتعرضوا لهذه المسالة بل قيل انه لم يتعرض لها قبل المحقق غير الشيخ ره وعليه فدعوى الاجماع كما ترى ـ وكيف كان فيشهد له .

خبر (١) عبد الرحمان ـ قلت للشيخ عليه السلام خبرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله قال عليه السلام فيمين المدعى عليه فان حلف فلا حق له الى ان قال ـ وان كان المطلوب بالحق قدمات فاقيمت عليه البينة فعلى المدعى [illegible] بالله الذى لا اله الا هو لقد مات فلان وان حقه لعليه فان حلف والا [illegible] له لان المدعى عليه ليس بحي ولو كان حيا لالزم اليمين او [illegible] يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت

---

(١) الوسائل [illegible] ابواب كيفية الحكم حديث ١

الحق - واورد عليه تارة بان في طريقه محمد بن عيسى العبيدى وهو ضعيف على الاصح وياسين الضرير ولا نص على توثيقه - واخرى بان ظاهره وجوب اليمين المغلظة بناء على ظهورلفظ عليه في الوجوب ولا قائل به والافلا يدل على المطلوب ويمكن حمله على الاستحباب اوالتقية - وثالثة بوجوه لا تستاهل ردا - ولكن قدمر في بعض المسائل المتقدمة ان الخبرقوى - لان الاظهر وثاقة العبيدى وحسن حال ياسين - اضف اليه استناد الاجلاء من الاصحاب اليه في المقام - ورواية المحمدين الثلاثة اياه - واماظهوره في وجوب اليمين المغلظة فممنوع لاللمناقشة في ظهورعليه في الوجوب فان ذلك غيرقابل للانكار بل لان ظاهره ولا اقل من المحتمل كون توصيفه عليه السلام تعظيما لله تعالى لالاجل اعتبارذكره في اليمين - مع احتمال انيكون العبارة المذكورة من باب احد الافراد لالاشتراط خصوصيتها - اضف الى ذلك كله انه بناء على ما حققناه في محله من ان الوجوب و الاستحباب خارجان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وانهما ينتزعان من الترخيص في الترك بعد الامر به وعدمه - لوسلم ظهوره في وجوب اليمين المغلظة حيث انه قد دل الدليل على عدم وجوب التغليظ فيحمل ذلك على الاستحباب واما الامر باصل اليمين فلاوجه لحمله عليه

ومكاتبة (١) الصفارالى ابى محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخرعدل فوقع عليه السلام اذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين الحديث - ودلالتهاواضحة وسندها قوى بل صحيح - والايراد عليها بانهامكاتبة وباشتمالها على ماهومخالف للقواعد - ومعارضتها في بعض مضمونها بصحيحه الاخر لايستاهل ردا كما افاده صاحب الجواهر ره فلااشكال في اصل الحكم انما الكلام في -

١ - هل يـ... ...من هو مثله في عدم اللسان كالطفل والمجنون والغائب

(١) الوسائل باب ٢٨ من كتاب الحكم

كما عن الاكثر على مافى المسالك وهومذهب المصنف ره فى جملة من كتبه. ام لا يلحق به ولا يتعدى عن مورد النص كما ذهب اليه المحقق وجماعة ومنهم اكثر متاخرى المتاخرين وجهان. من عموم العلة المنصوصة واتحاد طريق المسألتين لا من باب القياس الممنوع - ومن كون الحكم على خلاف القاعدة فلابد من الاقتصار على القدر المعلوم- والثانى اظهر اذ لم يثبت كون العلة مجرد عدم اللسان فعلا بل من الممكن كونها عدم اللسان مطلقا وهى تختص بالميت حيث انه لا امد له يترقب - اضف اليه انه فى صحيح الصفار لم يعلل الحكم وفى خبر البصرى علل بانا لا ندرى لعله وفاه ببينة لا نعلم موضعها - او بغير بينة قبل الموت واختصاصها بالموت ظاهر سيما مع عدم امكان تحقق الايفاء من الطفل - مع انه لو كانت العلة ما ذكر لعارضها فى الغائب - خبر (١) جميل عن جماعة من اصحابنا عنهما عليهما السلام الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجة اذا قدم ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء ونحوه خبر (٢) محمد بن مسلم - وهما يصلحان قرينة على احتمال ان علة الحكم فى الميت عدم امكان الوصول بعد ذلك فيختص بالميت - فتحصل ان الاظهر عدم التعدى عن مورد النصوص.

٢ - هل الحكم يختص بالدين فلا يثبت اذا كان المدعى به عينا فى يده بعارية او غصب اوماشاكل كما عن القواعد و المسالك والتنقيح - ام يعم العين ايضا بل يشمل كل دعوى على الميت سواء أكانت عينا او دينا اومنفعة اوحقا كحق الخيار كما عن جماعة وجهان - لا اشكال فى اختصاص الخبرين بالدين - اما الصحيح فللتصريح فيه بالدين واما الخبر فلظهوره فيه لمكان لفظ - الحق - و عليه - ووفاه - و دعوى ان الصحيح مروى فى بعض كتب الفقهاء بدون لفظ الدين وعليه فهو مطلق - مندفعة اولا بانه مروى عن كتب الحديث معه - وثانيا انه لودار الامر بين زيادة ... كلمة فى الحديث او نقصانها مقتضى الاصل البناء على وجودها ...ين انه يمكن الاستدلال

(١-٢) الوسائل باب ٢٦ من ا... الحكم حديث ١

للشمول للعين بعمومما فى الخبر من التعليل وبان ذكر الدين من باب المثال - قلنا ان العلة المذكورة هى احتمال الوفاء وهو مختص بالدين وحمله على كون ذلك من باب المثال خلاف الظاهر وبه يظهر ما فى الوجه الثانى .

ومافى ملحقات العروة من انه يمكن الفرق بينهما بان البينة القائمة على الدين غالبا مستندة الى الاستصحاب فتحتاج الى ضم اليمين بخلاف البينة على العين فانها اذا شهدت بالملكية السابقة لاتسمع فى مقابل اليد فلابد فى قبولها ان تكون بالملكية الفعلية وح فلاتحتاج الى ضم اليمين -يدفعه ان لازم ذلك انلواحرز كون البينة على الدين غير مستندة الى الاستصحاب بل الى العلم اوالامارة وماشا كل لاتحتاج الى ضم اليمين وهذا ممالايمكن الالتزام به - فالاظهر عدم احتياج البينة على العين الى ضم اليمين - و بينهما فرق من ناحية اخرى ايضا وهى انه مع بقاء العين للمدعى توجيه الدعوى الى من بيده المال وهو الوارث اذا كانت فى يده فيكون الدعوى على الحى و يكفيه البينة قطعا و كون يده مترتبة على يد الميت لايوجب تعين توجيه الدعوى الى الميت .

ولو كانت العين تالفة فى يد الميت قبل موته على وجه الضمان فعلى المختار من الفرق بين الدين والعين فهل يجرى ح حكم العين أو الدين - وجهان من الاصل ومن صيرورتها دينا بعد الفقدان ولعل الاظهر هو الاول بناء على المختار فى حقيقة الضمان من كونه عبارة عن كون نفس الشيء المضمون فى العهدة الى حين الاداء وعلى ذلك بنينا على ان العبرة بالقيمة وقت الاداء ووجهه ظاهر ح - واولى من ذلك مالو تلفت بعد موته - اللهم الا ان يقال انه بناء على كون الضمان هو انتقال العوض الى الذمة لاثبوت العين فى العهدة لو تلفت المال بعد الموت ينتقل عوضها الى ذمة الميت فيكون حكمه حكم الدين فلااولوية.

...كان المدعى على الميت ورثة صاحب الحق كما لوادعى ورثة زيد على ورثة عمرو باشتغال ... بدين لزيد واقاموا البينة على ذلك - فهل يكون تحت النص - ام لا - وعلى الاول - فهل ي... عدم العلم باستيفاء مورثهم اوالابراء -

أو يحلفون على البت و على الثاني - فهل يثبت بالبينة - ام يعتبر ضم اليمين - وجوه وبعضها اقوال .

والتحقيق ان يقال ان الحلف على نفي العلم لامعنى له ولا مورد له في المقام اذا ادعى ورثة من عليه الحق علم ورثة صاحب الحق بالوفاء او الابراء واما الحلف على البت فان علموا ابقاء الدين فلهم الحلف قطعا - والا فلا يبعد القول بجواز الحلف استناداً الى الاستصحاب كما يجوز استنادا الى اليد فتامل - واما من ناحية شمول الخبرين وعدمه فالظاهر هو الاول لاطلاق الخبرين - وح فان علم الوارث ببقاء الحق فلا اشكال في انه يحلف مع البينة ويثبت الحق على ورثة المدين - والا فله ايضا ان يحلف عليه استنادا الى البينة القائمة ان شهدت بالبقاء بناء على ماهو الحق من قيام الامارات مقام القطع الماخوذ في الموضوع على وجه الطريقية بل قد عرفت انه لايبعد دعوى جواز الحلف استنادا الى الاستصحاب كما يجوز استنادا الى اليد - وبذلك كله يظهر ما في كلمات القوم في المقام .

٤ - اذا كان المدعى وليا على صاحب الحق أو وصيا أو وكيلا - فالظاهر كونه مشمولا للخبرين لانهما يدلان على ان ثبوت الحق على الميت متوقف على اليمين مع البينة - ودعوى ان الظاهر من الخبرين الاختصاص بمن له الحق لمكان قوله وان حقه لعليه وقوله فلا حق له - مندفعة بان ذلك لو تم فانما هو في الخبر لا في الصحيح مع ان الوصي والولي يعد ان صاحب الحق عرفا - اضف الى ذلك ظهوره في كون ذلك من باب المثال سيما بعد ملاحظة التعليل - وعليه فان لم يقدر على الحلف لايثبت الحق والا فان حلف ثبت - والظاهر تمكنه من الحلف لعدم الدليل على عدم جواز الحلف على مال الغير الا الاجماع والمتيقن منه غير مثل الولي او الوصي ممن الامر بيده ويعد صاحب الدعوى عرفاً - ويمكن ان يقال ان مقتضى اطلاق الخبرين ان على المدعى مضافاً الى البينة الحلف سواءاً كان هو صاحب الحق او الوصي أو الولي او الوكيل فالنسبة بينهما وبين دليل المنع على عدم جواز الحلف على مال الغير لو ثبت له الاطلاق ينح... فالظاهر انه يحلف والوصي عموم من وجه والترجيح مع الخبرين لوجوه لا...

ويأخذ الحق.

٥ ـ اذا علم انه على فرض ثبوت الدين على الميت يكون باقيا للعلم بعدم الوفاء وعدم الابراء ـ او اقر الورثة بذلك ـ اوقامت البينة على عدم الوفاء ـ فهل يجب ضم اليمين ايضا لاطلاق الخبرين ـ ام لا يجب من جهة ان العلة كما تعمم تخصص فتدل العلة المذكورة فيهما وهى احتمال الوفاء على تقييد اطلاقهما بصورة عدم الحجة على عدم الوفاء و جهان اظهرهما الثاني .

و دعوى ان العلل الشرعية معرفات لا ينتفى المعلوم بانتفائها فانه قد يكون وجود العلة فى بعض الافراد علة للحكم فى الجميع كمافى المستند ـ مندفعة بان ماذكر يتم فى الحكمة ولا يتم فى العلة وظهور الخبر فى كونه علة لاحكمة لاينكر

واضعف من هذه الدعوى دعواه انه يمكن ان يكون التعليل من باب ابداء النكتة والتمثيل فان احتمال الابراء ايضا قائم فان ظاهر الخبر ان لزوم ضم اليمين انماهو لاجل احتمال الوفاء خاصة فلاوجه لحمله على ارادة التمثيل .

واضعف من هاتين ماافاده ره ـ بعد بنائه على اطلاق النص وان التعليل لايصلح لتقييده انه يعارضه النصوص (١) الدالة على انه لواقر رجل مريض عند الموت لوارث اوغيره بدين له عليه فقال عليه السلام يجوز ذلك بدعوى انها تدل على نفوذ الاقرار والوصية وان لم يحلف المقر له فتتعارض مع النص بالعموم من وجه واذلا ترجيح فيرجع الى القاعدة المكتفية للمدعى بالبينة ـ فانه يرده ان تلكم النصوص فيما لواحرز الاقرار والوصية ولاربط لها بمقام الدعوى على الميت ـ كمالايخفى على من لاحظها .

٦ ـ ولواقام المدعى شاهدا واحدا وضم اليه اليمين فهل يحتاج الى يمين آخر للاستظهار كما عن القواعد ـ ام لا كما عن جماعة وجهان ـ وظاهرهم التسالم على ثبوت الحق على الميت بالشاهد الواحد بضم اليمين بدل البينة العادلة ـ و الحق انه كك وان قال عليه السلام فى الخبر (٢) فان ادعى بلا بينة فلا حق له ـ وذلك من جهة ظهور

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب الوصايا

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

الخبرين(١) في كونهما في مقام بيان تفرقة الميت عن الحي من حيث ضم اليمين بلا نظر فيهما الى التفرقة من ساير الجهات وعليه فالمراد بالبينة حجة المدعي اياما كان - ويعضد ذلك ما في الخبر من التعليل بقوله لان المدعى عليه ليس بحي اذ الظاهر انه علة لنفي الحق بواسطة عدم البينة ومعلوم انه لا يتم ذلك الا بكون المراد من البينة في الخبر مطلق حجة المدعي على فرض حياته اذ نفي خصوص البينة العادلة مع وجود حجة اخرى لا يوجب الزام المدعى عليه باليمين او الحق و غيرهما - و على ذلك فيبقى عمومات الاكتفاء بشاهد ويمين في الماليات بحالها - ثم ان الظاهر ان اليمين التي يضمها المدعي الى الشاهد الواحد ان كانت على ثبوت الحق فلا موقع للترديد في الاحتياج الى اليمين الاستظهارية فانهما حينئذ متغايرتان اذ الاولى على ثبوت الحق والثانية على بقائها - واما ان كانت على الاستحقاق فعلا المنحلة الى يمينين احداهما على ثبوت الحق والاخرى على بقائها فالظاهر كفاية اليمين الواحدة سيما ولا فائدة ح في التكرار والله العالم .

٧- قال الشهيد في المسالك ولو اقر له قبل الموت بمدة لا يمكن فيها الاستيفاء عادة ففي وجوب ضم اليمين الى البينة وجهان من اطلاق النص الشامل لموضع النزاع وقيام الاحتمال وهو ابرائه منه وقبضه من ماله ولو بعد الموت ومن البناء على الاصل والظاهر من بقاء الحق وهو اقوى انتهى- والاولى ان يستدل لعدم الاحتياج الى اليمين بعدم شمول النص لما مر في الامر الخامس .

٨ - الدعوى على الميت دعوى واحدة فيكفي يمين واحدة ولا يلزم الحلف لكل واحد من الورثة وظاهر الخبرين دال عليه - نعم لو كان المدعي ورثة صاحب الحق فالظاهر انه يجب على كل واحد منهم الحلف فلو لم يحلف واحد منهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقه .

٩- قال السيد في ملحقات العروة اذا ادعى ان الميت اوصى له اواليه فهل يحتاج بعد

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب كيفية الحكم

البينة الى اليمين مقتضى عموم التعليل ذلك انتهى - وفيه - ان العلة هو احتمال الوفاء وهو لايجرى فى الوصية كما لايخفى فلايشمله الخبران فالمرجع عموم مادل على كفاية البينة فى الدعاوى مطلقا و كذا الظاهر انه تكفى البينة فى دعوى النكاح المستتبع للمال من طرف الارث - و كذا فى دعوى النسب المستتبع للارث وعلى ذلك (فما) افاده السيد ره من ان مقتضى عموم التعليل فى هذه الموارد وفى جملة من موارد اخر ذكرها الحاجة الى اليمين ومع امتناعها عدم سماع البينة وحيث ان الاصحاب غير ملتزمين بذلك فيشكل التعويل على التعليل لكونه موهونا بعدم العمل به فى ساير المقامات (غير تام) لانه كما عرفت العلة غير شاملة لجملة من تلك الموارد ومقتضى القاعدة سماع البينة فيها بغير يمين - مع ان خروج جملة من الموارد لايوجب وهنا فى عموم العلة و اضعف من ذلك ما افاده قده من امكان حمل الخبرين على الاستحباب اذ لاوجه له اصلا .

فى الحكم بالشاهد الواحد واليمين

الثانية - لاخلاف ولااشكال عندنا فى جواز القضاء بشاهد واحد ويمين المدعى فى الجملة - والاخبار الكثيرة شاهدة بذلك لاحظ - صحيح (١) منصور بن حازم عن ابى عبدالله عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق وصحيح (٢) حماد بن عيسى عن ابى عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قضى بشاهد ويمين - وصحيح (٣) عبدالرحمن بن الحجاج دخل الحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل على ابى جعفر عليه السلام فسالاه عن شاهد و يمين فقال عليه السلام قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقضى به على عليه السلام عندكم بالكوفة الحديث - وصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجيز فى الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين الحديث - وصحيح (٥) حماد بن عثمان عنه عليه السلام كان على عليه السلام

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٤ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢-٤- ٦ - ١- ٣

يجيز فى الدين شهادة رجل ويمين المدعى - وخبر(١) القاسم بن سليمان عنه عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة رجل مع يمين الطالب فى الدين وحده-وصحيح (٢) محمد عن الباقر عليه السلام لو كان الامر الينا اجزنا شهادة الرجل الواحد اذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس فاما ما كان من حقوق الله عزوجل اورؤية الهلال فلا - وموثق (٣) ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له عند الرجل الحق وله شاهد واحد فقال كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق وذلك فى الدين - وصحيح (٤) محمد بن قيس المتضمن لادعاء امير المؤمنين عليه السلام من عبدالله بن قفل التميمى عند شريح درع طلحة حيث وجدها بيده فطلب شريح البينة فشهد الحسن عليه السلام بذلك وقال شريح انه واحد ولا اقضى بشاهد واحد وساق الكلام الى ان قال الامير عليه السلام هذا قضى بجور ثلاث مرات وعد منها عدم قبول شهادة الحسن عليه السلام قائلا انه قد قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بشهادة واحد مع يمين الى غير تلكم من النصوص - فلا اشكال فى الحكم - كما لاريب فى عدم القضاء بهما فى حقوق الله تعالى وقد صرح بذلك فى صحيح محمد بن مسلم .

فى القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين فى غير الاموال

انما الخلاف وقع فى انه هل يقضى بهما فى حقوق الناس غير الاموال كالطلاق والوكالة والنسب وما شاكل كما عن الكفاية الميل اليه لولا الاجماع على خلافه - ام يختص بالاموال كالدين والالتقاط و نحوهما أو ما يقصد منه المال كالبيع والصلح والاجارة والوصية بالمال والجناية الموجبة للدية كما هو المنسوب الى المشهور بل عن الشيخ والحلى الاجماع عليه - ام يختص من بين الاموال ايضاً بالدين خاصة ولا يقضى بهما فى غير الدين كما عن الكفاية و الاستبصار والمراسم و الغنية والاصباح

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب١٤ من ابواب كيفية الحكم حديث١٠- ١٢-٥-٦

والكافى بل عن الغنية الاجماع عليه .

اقول مقتضى اطلاق كثيرمن النصوص المتقدمة هو القول الاول (ودعوى) ان جملة منها حكاية قضاء النبى صلى الله عليه وآله والوصى وهى حكاية فعل لاعموم فيه كمافى المستند وملحقات العروة (مندفعة) بان المحكى ليس فعل خاص وانما يحكى الامام عليه السلام فعل رسول الله صلى الله عليه وآله وحيث انه غيرمقيد بمورد خاص فظاهره انه صلى الله عليه وآله كان يقضى فى جميع الحقوق بهما غاية الامر خرج عنه حقوق الله بالنص بقى الباقى (كما) ان مافى الملحقات من ان هذه الاخبار فى مقام بيان اصل الجواز فى مقابل قول ابى حنيفة وليست بصدد البيان الافى الجملة فلااطلاق فيها ـ ضعيف ـ فان النصوص ظاهرها كونها فى مقام بيان الوظيفة لااصل الجواز و حيث انها غير مقيدة فتكون مطلقة . .

وقد استدل للقول الاخير بالنصوص المقيدة بالدين ـ كصحيح حماد و موثق ابى بصير وخبر القاسم وصحيح محمد المتقدمة ـ وخبر (١) داودبن الحصين عن الصادق عليه السلام فى حديث ولا يجيز فى الطلاق الاشاهدين عدلين فقلت فانى ذكرالله تعالى «فرجل وامرأتان » فقال ذلك فى الدين اذا لم يكن رجلان فرجل وامرأتان و رجل واحد و يمين المدعى اذا لم يكن امرأتان قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وآله واميرالمؤمنين عليه السلام بعده عندكم (وفيه) انه ليس فى هذه النصوص مايوجب تقييد إطلاق غيرها لانها لاتتضمن الاعلى ان قضاء النبى صلى الله عليه وآله والوصى عليه السلام والاية المشار اليها فى الدين ولاتدل على عدم القضاء بهما فى غيره فضلاعن الدلالة على انه لايجوز ان يقضى بهما فى غيره ـ ولذا لايعارضها صحيح محمدبن قيس المتقدم المصرح بان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بشاهد ويمين وقد استدل بذلك اميرالمؤمنين عليه السلام على كون عدم قبول شهادة الحسن عليه السلام وحده بكون الدرع لطلحة قضاء جور مخالف لقضاء رسول الله صلى الله عليه وآله فلو كان قضائه بهما مختصا بالدين لما كان لذلك وجه كما لايخفى

(١) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٣٥

فالاظهر ان مقتضى العمومات هو القضاء بهما فى حقوق الناس مطلقا ـ ولكن تسالم الاصحاب على عدم القضاء بهما فى غير المال أوما يقصد منه المال يوجب تقييد اطلاق الاخبار فيثبت بذلك القول الثانى.

ثم ان المخصص حيث يكون لبيا فيقتصر فيه على مورد الوفاق ـ ولعل ذلك منشأ اختلاف الفقهاء فى تعيين مايدخل فى الضابط وما لايدخل فلايكون ذلك ايرادا على هذا القول كما فى المستند وملحقات العروة.

ثم ان تمام الكلام بالبحث فى فروع (١) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر فى القضاء بالشاهد واليمين تقديم الشاهد وثبوت عدالته ثم اليمين ولو بدأ باليمين صارت لغوا ولزم اعادتها ونسبه فى محكى المفاتيح الينا ـ واستدل له بوجوه ضعيفة احسنها انه فى الاخبار قدم الشاهد ذكرا ـ وانه حكم مخالف للقاعدة فيقتصر فيه على مورد اليقين وهو مااذا قدم الشاهد ـ وهما كما ترى اذ التقديم الذكرى لايدل على التقديم الخارجى وجملة من النصوص كما مر مطلقة ـ فالاظهر عدم اعتباره لولا الاجماع عليه كما ذهب اليه جمع من متاخرى المتأخرين.

(٢) لو رجع الشاهد بعد الحكم فهل يكون ضامنا لنصف المدعى به كما فى رجوع احد الشاهدين ـ ام يضمن تمام المدعى به ام لايضمن شيئا منه وجوه مبنية على ان الحجة مركبة من الشاهد ـ اوخصوص الشاهد ـ واليمين من قبيل الشرط ـ او خصوص اليمين لكونها جزء اخير للعلة ـ وحيث ان الظاهر من الاخبار هو الاول فيضمن النصف.

حكم مالو حلف احد الشركاء المدعين

ـ٣ـ لو ادعى جماعة مالامشتركا بينهم بسبب واحد كالارث واتوا بشاهد واحد وحلف بعضهم فالمشهور بين الاصحاب انه يثبت حصة الحالف خاصة ـ وعن المقدس البغدادى كفاية حلف واحد منهم فى ثبوت حق الجميع لولا الاجماع ـ وعن بعض

احتمال توقف ثبوت حصة الحالف على حلف الجميع ـ و الاول اظهر لان الحالف ان حلف على ان الجميع له و لشركائه لايكفى لشركائه لكونه حلفا على مال الغير وظاهر النصوص حلف المدعي لنفسه ـ وان حلف على حصة نفسه فعدم ثبوت حصة شركائه اوضح (فان قيل) انه اذا ثبت بالشاهد واليمين حصة الحالف لزم منه ثبوت حصة ساير الشركاء بناء على ما هو الحق من ان الامارات حجة في مثبتاتها وان الحجة على احد المتلازمين حجة على الاخر (قلنا) انه لم يدل دليل على هذه الكلية وهي حجية الامارات في مثبتاتها بل هي تتوقف على امرين كون الامارة حاكية عن الملازمات واللوازم والملزومات كما في الخبر ـ وثبوت الاطلاق لدليل الحجية ـ ومع فقد احد القيدين لاتكون الامارة حجة في مثبتاتها مثلا ـ الظن بالقبلة امارة وحجة عليها ولكن لايثبت به الوقت لان دليل حجته مختص بخصوص القبلة ، واليد امارة على الملكية ولكن لاتكون حاكية عن اللوازم والملازمات والملزومات ولذلك لاتكون حجة في مثبتاتها ـ وفي المقام وان كان اليمين كاشفة عنها ولكن دليل حجيتها مختص بالحجية على ثبوت حقه خاصة فيقتصر على ذلك .

وبما ذكرناه ظهر ضعف ما استدل به للثاني بان الحق واحد فيثبت الجميع بحلف الواحد.

كما انه ظهر ضعف ما استدل به للوجه الثالث بانه من جهة وحدة الحق يتوقف ثبوت حصة الحالف على حلف الجميع .

ثم انه على المشهور المنصور هل يشترك سائر الشركاء في حصة الحالف من جهة اقراره بالشركة ام لا فيه وجوه واحتمالات ١ ـ الاشتراك مطلقا عينا ودينا ـ ٢ ـ عدمه كك ـ ٣ ـ التفصيل بين العين والدين فالاشتراك في العين دون الدين .

وجه الاول اعتراف القابض بالشركة بالاشاعة وان القسمة بغير اذنه فباعترافه لم تقع موقعها .

ووجه الثاني ان الممتنع من الحلف بامتناعه ابطل حجته فبطل حقه في الظاهر

وكان حكم الشارع بذلك تقسيما ظاهريا قهريا - وانه لولا ذلك لزم الضرر على الحالف لعدم امكان اخذ حقه بدون اذن الشركاء.

ووجه الثالث انه ان كان المدعى به عينا وقبض الحالف حصته منها من المدعى عليه فالحالف معترف بشركة الشركاء في تلك الحصة ايضا لا يجوز له التصرف فيها الا برضا الكل ولا يلزم من ذلك كون الحلف مثبتا لمال الغير لان الثابت خصوص حصته ودفع المدعى اليه مقدار حقه رفع للمانع فلا يكون حلفه مثبتا لمال الغير ولا حلفا عليه - وان كان المدعى به دينا فالثابت بحلفه خصوص مقدار حصته من الدين ولا شركة فيها مع ساير الشركاء لان الدين هو الكلي لا خصوص هذا الفرد والاشتراك انما هو فيه لا في الموجود الخارجي - و بعبارة اخرى ان المدعى به كلي في الذمة المنحل الى امور متعددة والثابت بالحلف هو اشتغال ذمة الغريم بحصته فيثبت به امر كلي يساوى حصته من الدين وهذا الكلي ليس جزء للكلي الاول لعدم تعينه بل يساوى بعضه والغريم يقبض ماهو مصداق للكلي الثاني والحالف ياخذه وبذلك يتعين هو في الموجود الخارجي فلا يكون هو ما لا مشتركا بينه وبين شركائه.

ولا فرق في ذلك بين مالو اجاز الشريك القبض اولم يجزه لانه اذا كان بعنوان الكلي الثاني لا يقع مصداقا للكلي الاول كي يلزم منه الشركة - فما افاده صاحب الجواهر من الاشتراك اذا اجاز الشريك القبض ويكون قصد الدافع والقابض لغوا وانه اذا لم يجز الشريك يبقى على ملك الدافع اذ ليس له تعيين حصة الشركاء من الحق المشترك بل الامر بيدهم - غير تام - نعم لو كان الدفع والقبض بعنوان الكلي الاول تم ما افاده - وبذلك ظهر اقوائية القول الاخير - كما ظهر ضعف ماذكر وجها للقولين الاخرين - فان قيل انه يلزم من الشركة في العين الضرر على الحالف - قلنا - ان الموجب الضرر ليس هو الشركة فانها ثابتة قبل الحلف و بعده بل الموجب له عدم حلف الشركاء الموجب لعدم دفع الغريم بقية العين فلا يصلح حديث(١) نفي الضرر

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار وباب ١٢ من احياء الموات

لدفع الشركة - فان قيل انه يلزم من عدم الشركة فيما اذا كان المدعى به ديناً انه اذا اخذ احد الشريكين حصته من الدين المشترك ان لايشاركه الاخر فيما قبضه مع ان المشهور بينهم الشركة فيما قبضه الا اذا اجاز قبضه لنفسه - قلنا ان مقتضى القاعدة وان كان عدم الشركة الا انه وردت النصوص الخاصة (١) بالشركة فى بعض الصور ولكونها على خلاف القاعدة يقتصر على مورد النصوص و من خصوصيات موردها ان لايكون حصة بعض الشركاء ثابتة بحسب موازين القضاء و حصة الاخرين غير ثابتة ولتحقيق هذه المسألة موضع آخر .

٤- هل يختص الاكتفاء بشاهد ويمين بما اذا لم يمكن اثبات المدعى به بشاهدين للمرسل (٢) استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاذا لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعى .. الخ ولعدم ثبوت الاطلاق لنصوص القضاء بهما - ام يقضى بهما مطلقا لما مر من اطلاق النصوص وعدم ثبوت صحة سند المرسل واعتباره وجهان .

٥- المشهور بين الاصحاب جواز القضاء بشهادة امرأتين مع يمين المدعى - وعن الحلى والتحرير فى كتاب القضاء المنع عنه - ولكن المصنف ره فى باب الشهادات جزم بما عليه المشهور فينحصر الخلاف فى الحلى - ويشهد لما هو المشهور موثق (٣) منصور بن حازم حدثنى الثقة عن ابى الحسن عليه السلام انه قال اذا شهد لصاحب الحق امرأتان ويمينه فهو جائز - وحسن (٤) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله ان حقه لحق .

٦- اذا ادعى غريم الميت مالا له على غيره واقام شاهداً واحداً فهل له ان يحلف - ام للوارث الحلف - ام لا يكون لواحد منهما ذلك وجوه - وجه الاول ان له حقا فى استيفاء دينه من هذا المال - وله تعلقا به - هذا اذا لم نقل بانتقال ما يقابل من مال

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب كتاب الشركة وباب ٢٩ من ابواب الدين

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢-٤-٣

الميت الى الدائن والا فالامر اوضح ـ و وجه الثاني ان التركة مع الدين تنتقل الى الوارث وان كان يجب عليه صرفها في الدين وعليه فهو يحلف على مال نفسه ـ و وجه الثالث ـ ان مقدار ما يقابل الدين باق على ملك الميت أو على حكم ملكه فليس للوارث ولا للدائن الحلف ح لانه حلف على مال الغير والاقوى هو الثاني كما حقق في محله .

حكم مالوادعى الوقفية

٧ ـ اذا كان الوراث جماعة وادعوا ان الميت وقف عليهم وعلى نسلهم داره مثلا واقاموا شاهدا واحدا فقد اختلف الاصحاب في ثبوت الوقف به مع اليمين على اقوال ـ ١ ـ ما عن الشيخ في المبسوط والمحقق وجماعة وهو ثبوته بهما ـ٢ـ ماعن الشيخ في الخلاف وهوعدم ثبوته بهما مطلقا ـ٣ـ مااختاره الشهيد الثاني في المسالك وهوانه يثبت بهما في المنحصر دون غيره .

قال الشهيدالثاني في المسالك ـ منشأ الاختلاف في ان الموقوف هل ينتقل الى الموقوف عليه مطلقا ـ اوالى الله تعالى كك ـ اوالى الاول مع انحصاره والى الله مع عدمه ـ او يبقى على ملك الواقف ـ فعلى الاول يثبت بهما لانه مال للمدعى فله ان يحلف ـ وعلى الثاني والرابع لايثبت مطلقا لان الحلف ح حلف على مال الغير وعلى الثالث يثبت بهما في المنحصر دون غيره ـ وقد تقدم البحث فيه في بابه

و لكن يمكن ان يقال بثبوته بهمـا مطلقا على جميع المباني نظرا الى ان الموقوف وان لم ينتقل الى الموقوف عليه الاان له الانتفاع به وله منفعته فهومتعلق لحقه فالحلف يكون حلفا على حق نفسه فيشمله النصوص المتقدمة اذلا يستفاد منها الا اعتبار حلف صاحب الحق واما كونه ملكا له فلا تدل عليه فراجعها تجد صدق ما ادعيناه .

وان ادعى بعضهم ان الميت وقف عليهم وعلى نسلهم بعض اعيان التركة كدار

مثلا و انكر باقى الورثة واقاموا شاهداً واحداً ليضموا اليه اليمين فللمسألة صورتان احداهما ان يكون الوقف ترتيبياً فيقولون وقف علينا وبعدنا على اولادنا او على الفقراء الثانية ان يدعوا وقف التشريك ـ امافى الصورة الاولى فان حلف جميع من ادعى الوقف منهم مع الشاهد ثبت لهم الوقف ولاحق لباقى الورثة فى الدار ولا يؤدى منها الديون ولا الوصايا ـ ثم ان انقرض المدعون معاً او على التعاقب فهل ياخذ البطن الثانى الدار بغير يمين ام يتوقف حقهم عليها ـ وجهان مبنيان على تلقى الطبقة الثانية الوقف من الاولى ـ اومن الواقف ـ فعلى الاول لايحتاج الى يمين كما اذا اثبت الوارث ملكاً بالشاهد واليمين ثم مات فان وارثه ياخذه بغير يمين ولانه قد ثبت كونه وقفاً بحجة يثبت بها الوقف فيدام كما لو ثبت بالشاهدين وعلى الثانى لايأخذالا باليمين كالبطن الاول (ودعوى) انهم وان تلقوا الوقف من الواقف ولكن لا يتوقف على اليمين من جهة ان الوقف امر واحد مستمر فلا حاجة اليها لذلك كما فى ملحقات العروة (مندفعة) بكونه امراواحداً مستمرالاينافى التفكيك فى الظاهرمن جهة تمامية الموازين بالنسبة الى بعضهم دون بعض ولذلك لوحلف بعض الورثة المدعين للوقفية دون بعض يحكم بثبوت الوقف بمقدارحصة الحالف خاصة مع ان المدعى كون الجميع وقفافكما ان هناك يلتزم بلزوم حلف الجميع فكك فى المقام وقد مر البحث فى المبنى .

وان امتنعوا جميعا عن الحلف يحكم بهاميراثا ويتعلق بها الديون والوصايا و لكن حصة المدعين للوقفية بعد اخراج الديون والوصايا محكومة بالوقفية من جهة الاقرار بها و ينفذح فى حق ساير الطبقات المتأخرة ـ و هل لاولادهم ح ان يحلفوا على وقفية جميع الدار املا ـ الظاهر ان لهم ذلك اذلم يدع المدعين من المنكرين الحلف ـ كما هو واضح ـ فان قيل انه يشكل ثبوت الوقفية بحلفهم فانه ح من الوقف المنقطع الاول و هو باطل ـ قلنا ان الباطل هو الوقف المنقطع الاول وهذا الوقف ليس كك وانما ينقطع فى الظاهر ولم يثبت من الاول لعدم الحلف فلااشكال فيه من هذه الناحية.

وان حلف بعض المدعين وامتنع بعضهم فيثبت الوقف فى حصة الحالف خاصة ولا يخرج منها الديون والوصايا وتخرج من حصة الناكلين ويقسم الباقى بين الورثة نعم حصة ارث الناكلين من الباقى بعد اخراج الدين والوصية تصير وقفا بمقتضى اقرارهم - واما حصة الحالفين منه فهى ايضاً لاتنتقل اليهم بمقتضى اقرارهم فهل تصير وقفاً - ام يكون حكمها حكم المجهول المالك كما اختاره صاحب الجواهر - الظاهر هو الاول للاقرار بالوقف فيما له ان يقر به فيشمله قاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به .

و اما الصورة الثانية فهى كالاولى الا انه اذا تجدد واحد يكون شريكاً مع الموجودين من الحالفين - والكلام فى احتياج اشتراك المتجدد الى الحلف هو الكلام فى الاحتياج اليه فى الطبقة الثانية فى الاولى - و قد ادعى صاحب الجواهر ره نفى الخلاف فى الحاجة اليه فى هذه الصورة - وظاهره ان من ذهب الى عدم الحاجة اليه فى تلك الصورة اختار الحاجة اليه فى هذه بل المحقق ره صرح بالفرق بين الصورتين و هو غير ظاهر الوجه بعد اشتراك الصورتين فـى الدليل على كل من القولين فلاحظ وتدبر .

ثم ان ظاهر الاصحاب انه اذا ثبتت الوقفية بالبينة تكفى لساير الطبقات من غير حاجة الى الاثبات من كل منهم - واورد عليهم فى ملحقات العروة بان ماذكروه من الوجه فى حاجتهم الى الحلف مع الشاهد الواحد وهو كونهم متلقين من الواقف جار فى البينة ايضا لان مقتضى ماذكروه ان الوقف على البطون بمنزلة اوقاف عديدة فكل واحد منها يحتاج الى الاثبات - وهو غريب فان البينة اذا قامت على الوقفية على حسب ما يدعونه من الوقف على جميع الطبقات فهى كما تشهد للوقف بالنسبة الى الطبقة الاولى كك تشهد له بالنسبة الى ساير الطبقات واما الحلف فهو انما يكون على الوقف لخصوص الطبقة الاولى ولايجزى لساير الطبقات لكونه حلفا على حق الغير - وبعبارة اخرى دليل حجية البينة عام شامل لساير الطبقات - وان شئت قلت انه فى ثبوت الحق لايعتبر اقامة صاحب الحق نفسه البينة بل لو اقيمت من قبل نفسها اواقامها متبرع

للحاكم ان يحكم على طبقها وليس كك اليمين وهذا واضح جدا ،

و بذلك يظهر انه يكفى فى المتجددين و الطبقات المتاخرة ضم الحلف الى الشاهد الواحد الذى اقاموه من الاول ولا يحتاج الى تجديد اقامة الشاهد اتحد الحاكم ام تعدد غاية الامر لابد فى ثبوت الحق ان يثبت عند الحاكم الثانى شهادة الشاهد الاول كما لا يخفى .

سكوت المدعى عليه عن الجواب

المورد الثالث فى السكوت (**و لو سكت المنكر**) بعد طلب الحاكم الجواب منه ـ فان كان سكوته لدهش له اوغباوة توصل الى ايناسه برفق وامهله الى ان تزول دهشته ويعرف الحال وان كان (**لافة**) من صمم اوخرس (**توصل الى معرفة**) جوابه من (**اقراره اوانكاره**) الى الاشارة المفيدة للمطلوب ولو بواسطة من يعرف اشاراته ـ وان كان لعدم فهم اللغة توصل الى افهامه (**الى مترجم**) بلا كلام ـ انما الكلام فى انه هل يعتبر التعدد (**و لا يكفى المترجم الواحد**) ام لا يعتبر فيكتفى بالواحد ـ ولقد بنى بعض الاصحاب المسألة على كون الترجمة من باب الرواية اوالشهادة ـ فعلى الاول يكتفى بالواحد وعلى الثانى يعتبر التعدد ـ وحيث ان هذا الابتناء يتم على تقدير سماع الرواية وحجيتها فى الموضوعات الخارجية والا فعلى القول باختصاص حجيتها بالاحكام الكلية لا ماصح ذلك كما هو واضح فيستكشف من ذلك ان نظر هؤلاء الى ما اخترناه من عموم حجية الخبر الواحد وشمولها للخبر فى الموضوعات الخارجية .

و كيف كان فعلى ما اخترناه ـ فهل الترجمة من باب الرواية اوالشهادة ـ الظاهر ان مقتضى عموم حجية الخبر حجية الخبر الواحد فى جميع الموضوعات ـ ولكن قد دل الدليل على اعتبار التعدد فى باب المنازعات و الخصومات عند الحاكم ـ فعن المحقق الخراسانى ره ان الميزان فيما هو خارج عن تحت العموم سبق الدعوى وعليه فالترجمة من الرواية لعدم سبق الدعوى بالنسبة اليها ـ وعن بعض كون الميزان اثبات ما يترتب

عليه الحكم وعدمه - وعن جماعة ان الفرق بين الخارج والمخرج عنه بكيفية نظر الدليل الى حجيته فان كان ناظرا الى اعتبار صرف حكايته فهو رواية وان كان لاطلاعه دخل فى اعتبار حكايته عن الواقع فهو شهادة .

وشيء من ذلك لايمكن اثباته بالدليل سوى الاول بعد توجيهه بان المراد منه ان ماهو مصب الدعوى عند الحاكم يعتبر فيه التعدد للنصوص الدالة عليه فان المستفاد من الدليل المخصص ليس ازيد من ذلك وفيما زاد عليه يرجع الى عموم دليل حجية الخبر الواحد - ولايتوهم ان ذلك اى التمسك بعموم دليل حجية الخبر فيماشك انه من موارد الرواية او الشهادة من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المصداقية - فانه لم يرد دليل على ان ما هو من باب الشهادة يعتبر فيه التعدد بل الدليل انما دل على اعتبار التعدد فيما يقضى به الحاكم و المتيقن منه خصوص مايستند اليه القاضى فى القضاوة ولايشمل كل ما هو دخيل فى ذلك و هذا ان لم يكن ظاهرا لاريب فى انه المحتمل و حيث لااطلاق فالمخصص مجمل مفهوما فيكون التمسك بعموم حجية الخبر من قبيل التمسك بالعام فى الشبهة المفهومية وهو جائز فى المخصص المنفصل كما حقق فى محله - فالمتحصل مماذكرناه ان الاظهر هو الاكتفاء بالمترجم الواحد .

(وان كان) سكوته **(عنادا)** الزمه بالجواب اولا بالرفق واللين ثم بالشدة والغلظة متدرجا من الادنى الى الاعلى على حسب مراتب الامر بالمعروف والنهى عن المنكر ثم ان اصر على السكوت عنادا ففيه اقوال - ١ - انه يـ **(حبس حتى يجيب)** كما فى المتن والمحكى عن المفيد والشيخ فى النهاية والخلاف و سلار وابن حمزة و كافة المتاخرين -٢- ما عن بعض وهو انه يضرب ويهان حتى يجيب -٣- ماعن المبسوط والسرائر وجماعة وهو ان الحاكم يقول له ثلاثا ان اجبت والاجعلتك ناكلا ورددت اليمين على المدعى فان اصر رد اليمين على المدعى وعن المبسوط انه الذى يقتضيه مذهبنا وعن القاضى انه ظاهر مذهبنا -٤- التخيير بين الحبس والرد .

واستدل للاول - بالمرسل المروى فى الشرايع قال والاول مروى بدعوى ان

ضعفه بالارسال منجبر بالعمل و بالنبوى (١) الخاصى المتقدم لى الواجد بالدين يحل عرضه وعقوبته - وقد مر انه فسرت العقوبة بالحبس - و بالاخبار (٢) الدالة على ان الوصى عليه السلام كان يحبس الغريم المماطل الواجد - وقد تقدمت - وبانه يجب الجواب للجزم بعدم رضا الشارع بتعطيل الواقعة بعد تحرير الدعوى بمجرد سكوت المدعى عليه للعلم باستلزامه تعطيل الحقوق - والضرب والاهانة خلاف الاصل ولادليل على اجراء حكم النكول فيتعين الالزام بالجواب بالحبس.

والكل كما ترى - فان المرسل وان انجبر ضعف سنده بالاستناد الا ان متنه ليس معلوما لنا حتى ينظر فى دلالته ومثل ذلك ليس معتبرا عند الاصحاب لان الاستناد لايوجب جبر ضعف الدلالة فان احتمل كون المتن غير ظاهر الدلالة على المدعى فلامثبت لها - والحديث ظاهر فى ارادة الواجد للمال ولايشمل الواجد للجواب - مع ان كون المراد بالعقوبة خصوص الحبس غير ظاهر - واخبار حبس الغريم انما هى فى صورة ثبوت الدين ولاربط لها بالمقام - والجواب انما يجب اذا لم يكن يترتب على سكوته احكام النكول والافلايجب كما هو واضح.

واستدل للثانى - بعموم ادلة الامر بالمعروف والنهى عن المنكر لانتهائهما الى الضرب والاهانة - وفيه انه ان تم فلايختص بالضرب والاهانة ويشمل الحبس ايضاً - مع انه لايتم على تقدير عدم وجوب الجواب باجراء احكام النكول

واستدل للثالث - بان الاصرار على عدم الجواب نكول اواولى منه لكونه امتناعا عن اليمين وعن الجواب - وبانه اذا اجاب اما يجيب بالاقرار أو الانكار - والاول مثبت للحق - والثانى يوجب اجراء حكم النكول عليه (ولكن) يرد الاول منع كون السكوت نكولا سواء قضينا به املا - والثانى بعدم حصر الجواب فيهما فلعله يجيب

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب الدين والقرض حديث ٤ كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب الحجر وباب ٦ منها حديث ١ وباب ١١ من ابواب كيفية الحكم

بجواب آخر أوان سكوته يكون لعذربان يكون قدادى الحق ويخاف من الاقرار لعدم البينة على الاداء - ولم اظفر بما يمكن ان يستدل به للرابع.

والحق ان يقال انه ان سكت ولم يجب يقول له الحاكم ان اجبت والا جعلتك ناكلا- فان اصر يترتب عليه حكم النكول وهو القضاء به والالزام بالحق بمجرد ذلك من دون رد اليمين على المدعى كما مر تفصيل القول في ذلك لان القضاء به لم يعلق على صدق النكول بل على عدم الحلف من غير تقييد بكونه بعد الانكار لاحظ خبر(١) البصرى المتقدم- ففى صدره - فان حلف فلاحق له وان رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له(وان لم يحلف فعليه) وفى ذيله- ولو كان حيا لالزم اليمين أوالحق أو يرد اليمين عليه- ونحوه غيره -ويعضده النصوص(٢) الدالة على ان البينة على المدعى عليه والمنكر- فانه يصدق على الساكت المصر على السكوت المدعى عليه والمنكر فيعرض عليه الحلف فاذا لم يحلف فاللازم الزامه بالحق.

في جواب المدعى عليه بقوله لاادرى

المورد الرابع ما اذا اجاب المدعى عليه بقوله لاادرى- فتارة يصدقه المدعى في هذه الدعوى -واخرى لايصدقه.

اما في الصورة الاولى فالمنسوب الى ظاهر الاصحاب من جهة حصرهم الجواب بالثلاثة المعروفة انه يترتب عليه حكم السكوت عن الانكار والاقرار المتقدم وصرح بعضهم بانه لاتصح الدعوى ح.

والحق ان يقال ان المدعى به ان كان دينا أوعينا ليست بيده لايتوجه الحلف الى المدعى عليه وليس له ان يحلف .

لا لعدم العلم لاعتراف المدعى بعدم علمه ولعدم ترتب الاثر عليه.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم حديث١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم

ولا النفي الواقع لما مر في كتاب الايمان من انه يعتبر في جواز الحلف العلم بالمحلوف (وان قيل) انه يستصحب عدم الواقع فيحلف على نفيه مستندا الى الاستصحاب (توجه عليه) ان ظاهر اخذ العلم في الموضوع كونه ماخوذا على وجه الطريقية لان حقيقية العلم هي الطريقية التامة وقد حقق في محله في الاصول ان الاستصحاب لا يقوم مقام العلم الماخوذ في الموضوع على وجه الصفتية أو الطريقية نعم يقوم مقام العلم المأخوذ فيه بما انه موجب للجرى العملي على طبقه الذي هو المجعول في الاستصحاب فمن جهة اخذ العلم في موضوع جواز الحلف لا يجوز ذلك مستنداً الى الاستصحاب.

ولا النفي الاستحقاق الفعلي - لان عدم الاستحقاق الفعلي عبارة عن عدم الاستحقاق في الظاهر والمفروض ان المدعي معترف ببرائة ذمة المدعى عليه بحسب الظاهر فلا وجه لتحلف عليه (واما) ما افاده المحقق العراقي ره من ان المتيقن في مقام التخاطب من دليل اليمين هو اليمين على نفي الواقع فلا يصح التمسك باطلاقه لتوجه اليمين على نفي الاستحقاق اليه (فيندفع) بان وجود القدر المتيقن في مقام التخاطب لا يكون مانعا عن التمسك بالاطلاق .

وعلى هذا فقد يقال انه تسقط الدعوى ح ولا اثر لها - ولكنه يتم ان لم يترتب على عدم حلفه حكم النكول - ولا يرد اليمين - والظاهر انه لا يترتب عليه حكم النكول لان المنساق الى الذهن من مادل على الحكم والقضاء بعدم حلف المدعى عليه انما هو في ماله الحلف لاما اذا لم يكن له ذلك - الا انه لا وجه لعدم رد اليمين فان مقتضى اطلاق دليله ان له ذلك (وما) افاده المحقق العراقي ره من ان ذلك كله فرع الفراغ عن كون اليمين وظيفته فعلا غاية الامر امتنع عنه باختياره (يرده) انه تقييد للدليل بلا وجه يشهد به - (فالمتحصل) انه لا وجه لسقوط الدعوى بل تصح هي فان كان للمدعي بينة قضى بها له والا فيرد اليمين عليه فان حلف يثبت دعواه والا فلا حق له .

وقد يستدل على سقوط الدعوى وعدم الاثر لها كما في المستند وملحقات العروة

بالاخبار(١) الدالة على انه لوادعى رجل زوجية امرأة لهازوج انه لاتسمع دعواه اذا لم يكن بينة بتقريب ان المفروض في هذه الاخبار عدم علم الزوج بصدق المدعي و كذبه والظاهر عدم الفرق بين دعوى الزوجية وغيرها (وفيه) اولا انه لوتم دلالة الاخبار لدلت على عدم سماع الدعوى حتى بالنسبة الى الزوجة التي هي عالمة بالزوجية على تقدير صدقه مع انها منكرة ـ و ثانيا ـ انه ليس في شيء منها فرض النزاع والمخاصمة عند الحاكم بل ظاهرها بيان وظيفة الزوج نفسه وانه بمجرد دعوى الزوجية ليس له رفع اليد عنها مالم يقم عليه حجة فلاربط لها بالمقام ـ وقدمر الكلام في الفرع نفسه في كتاب النكاح في مبحث اولياء العقد فراجع .

هذا اذا كان المدعي به دينا اوعينا في يد غيره ـ وان كان عينا في يده فحيث ان يد الشخص امارة على الملكية كما حقق في محله وايضا دلت النصوص (٢) على جواز الشهادة بالملك مستندة الى اليد وهي امارة الملكية ـ وايضا قد بينا في الاصول قيام الامارات مقام العلم الماخوذ في الموضوع ـ فللمدعي عليه ان يحلف على نفي الاستحقاق واقعا ـ وعليه فاجراء قاعدة باب المدعي والمنكر في غاية الوضوح ولاوجه لتوهم سقوط الدعوى ح اصلا (وما) في المستند من انه ان رد اليمين على المدعي فحلف كانت له وان لم يدع عليه العلم اوادعى وحلف على نفي العلم لايحكم بكونها له بل يقرع بينه وبين المدعي لانه يشترط في دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بانه له اولا (يرده) ماذكرناه في رسالتنا القواعد الثلاث من انه لايشترط في دلالة اليد على الملكية ذلك ـ وعليه فان لم يحلف المدعي بعد رد اليمين اليه تسقط الدعوى ويحكم بان المال للمدعي عليه .

واما في الصورة الثانية ـ فلااشكال في انه له ان يحلف المدعي عليه بنفي العلم ـ فحان حلف عليه تسقط دعوى العلم ولاتسمع بينة بعد ذلك على علمه ـ ولكن لاوجه لسقوط

---

(١) الوسائل باب ٢٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم

دعوى المدعي باشتغال ذمته واقعا بنحو لاتسمع منه البينة بعدذلك ولايجوز له المقاصة بل ماذكرناه في الصورة الاولى يجري في هذه الصورة ايضا من ردالیمین على الواقع على المدعي وانه لوحلف ثبت حقه والاسقط وان المدعى به ان كان دينا يحكم ببرائة ذمته وان كان عينا في يد المدعى عليه يحكم بانها له .

في جواب المدعى عليه بالابراء

المورد الخامس ما اذا اجاب المدعى عليه ان المدعي ابرأ ذمته أو اقبضه ما ادعى عليه او باعه اياه اووهبه اوما شاكل فلا اشكال في انه ينقلب المنكر ح مدعيا و المدعي منكرا من غير فرق بين ما اذا ثبت الدعوى بالاقرار او البينة او اليمين المردودة - وفي هذه الدعوى ايضا قد يجيب المدعى عليه الثاني و هو المدعي في الدعوى الاولى بالاقرار او الانكار او يسكت او يقول لاادري والحكم في الجميع كما مر .

وفي المستند نعم لواجاب بلاادري يكون الاصل ح معه و يعمل بمقتضى الاصل انتهى وقد عرفت ان الاصل معه ايضا فيما تقدم نعم في بعض الموارد يكون الاصل مع المدعي كما لوقال صالحتك بكذا فاجاب بانك صالحتني و لست مشغول الذمة فانه يجري اصل البرائة بناء على صحة الصلح بلاعوض - وهذا بخلاف ما لوقال بعتك بكذا فقال بعتني ولكن لست بمشغول الذمة بالثمن فانه حيث لايصح البيع بلاعوض فلامحالة يرجع دعواه الى دفع الثمن اوابرائه او كونه مشغول الذمة للمشتري سابقا فباعه بما عليه من الدين اوان مقدار الثمن كان عند البايع امانة فاشترى بما كان في يده وجميع ذلك خلاف الاصل .

جواب المدعى عليه بان العين ليست له

السادس ما لو كان جواب المدعى عليه انه ليس لي ليصرف الدعوى عن نفسه وهو انما يكون اذا كان المدعى به عينا في يد المدعى عليه ففيه صور .

الاولى ان يقول ليس لي مقتصرا عليه او يضم و ليس لك أو يضم معهما او مع أحدهما هو لرجل لااسميه فعن القواعد و الشرايع والمسالك وغيرها انه لاينتزع من يد

المتصرف وعن الایضاح ان الحاکم ینزع منه ویحفظه الی ان یظهر مالکه وترتفع الخصومة عنه (وعلله) فی محکی الایضاح بان نفی المتصرف عن نفسه وعدم البیان لمالکه اوجب صیرورته مجهول المستحق (وفیه) ان مجرد جهل الحاکم او المدعی بالمقر له - لا یجعله داخلا فی عنوان مجهول المالك لاحتمال کونه ودیعة او عاریة او نحو ذلك فالظاهر انه لا ینتزع من یده فح ان اقام المدعی البینة فیاخذه منه - والا فللحاکم ان یلزمه ببیان مالکه کما صرح به جماعة من جهة ان للمدعی علی من عینه حقا اما الاخذ ان اقر او الحلف ان انکر و لو کذب المقر یثبت لصاحب ما یجهل مالکه علیه الحق فیکون ترکه البیان تفویتا لحق الغیر ومنکرا یجب صرفه عنه علی طریقة النهی عن المنکر - وایضا فانه من تتمة جواب المدعی فیلزم بالجواب بعد طرح الدعوی معه (ولکن) یرد علی الاول انه ما لم یثبت حق المدعی لا یکون ترك البیان مفوتا للحق الثابت کی یکون ذلك منکرا یجب صرفه عنه - ویرد علی الثانی ما مر من عدم دلیل علی الزامه بالجواب.

وقد یقال انه یجری فی المقام الاقوال الثلاثة المتقدمة فی السکوت من الحبس والاجبار علی البیان والالزام بالحق - واورد علیه فی المستند بان الاخیر لا وجه له بعد نفیه عن نفسه. اقول حیث ان المال تحت سلطنته واختیاره ویسمع اقراره بالنسبة الیه لقاعدة من ملك شیئا ملك الاقرار به - حیث ان المراد بملك الشیء کونه تحت سلطنته واختیاره لا الملکیة الاعتباریة - فیلزم بالحلف - او رد الیمین - او یقضی علیه بالنکول ولعله الی ما ذکرناه نظر الشهید الثانی ره حیث قال الظاهر ان ما فی یده ملکه وما صدر عنه لیس بمزیل - وعلی ذلك فلا یرد علیه ما اورده جمع ممن تاخر عنه بانه بعد اقراره بانه لیس له کیف لا یکون الاقرار مزیلا للملکیة - فتدبر جیدا.

الصورة الثانیة ان یقول لیس لی ولا اعرف صاحبه وفی المستند لم یحضرنی من صرح بحکمه والحق فیهما انه ان اقام المدعی البینة علی انه له یاخذه منه والا فان ادعی المدعی علیه انه حین ما وقع فی یدی ما کنت اعرف صاحبه کان من مجهول المالك الراجع امره الی الحاکم الشرعی فیعامل الحاکم مع المدعی معاملة من ادعی کون مجهول المالك له ولا معارض لدعواه وان ادعی انه اودعه مالکه عنده ولا یعرفه لا ینتزع

الحاكم من يده مالم يثبت انه للمدعى - وح فان ادعى المدعى عليه العلم احلفه فان حلف سقطت الدعوى وان نكل اورد اليمين حلف المدعى واخذه منه .

الثالثة - ان يقر به لمعين حاضر - فان صدقه المقر له كان هو طرف الدعوى وجرت قاعدة المدعى والمنكر بالنسبة اليهما - فان حلف المدعى عليه اخذه - وان نكل اورد اليمين فحلف المدعى اخذه ثم ان حلف المقر له واخذ المال اولم يحلف فاقام المدعى البينة اوحلف بعدد اليمين وحكم بانه له ولكن لم يقدر على اخذه له الدعوى على المقر حيث انه باقراره صار سببا لتلف ماله فله ان يحلفه بان المال لم يكن له فان حلف برأ وان رد عليه فحلف اخذ منه الغرامة - وكذا ان نكل ولم يحلف - وان اقام البينة اوحلف واخذ ماله ليس له الدعوى على المقر لوصول ماله اليه .

وهل له اقامة الدعوى على المقر قبل ان يترافع مع المقر له -ام لا- الظاهر ان له ذلك اذا لم يتمكن من المرافعة معه اوعلم بعدم تمكنه من اثبات دعواه -واما مع تمكنه منه واحتمال امكان اثبات دعواه- ففيه احتمالات -١- انه يجوز له ذلك من جهة ادعائه ان المقر حال بينه وبين ماله باقراره فله اثبات ذلك واخذ بدل الحيلولة -٢- انه ليس له لعدم ثبوت كونه ماله فلا يكون التفويت والحيلولة محرزا -٣- التفصيل بين صورة المشقة فى المرافعة مع المقر له اوظنه عدم امكان اثبات حقه عليه اوظنه عدم امكان المرافعة مع ذى اليد بعد ذلك لوقدم المرافعة مع المقر له فيجوز والا فلا يجوز - والاظهر هو الثانى لعدم الموجب لاخذ العوض منه لعدم ثبوت بدل الحيلولة مع التمكن من الوصول الى ماله ولا يصدق التلف فعلى فرض الاثبات ايضاً ليس له ذلك .

الرابعة - ان ينفى عن نفسه ويقول انه لفلان الغائب فيلحقه حكم الدعوى على الغائب وسيجىء .

الخامسة ان يضيفه الى من يمتنع خصومته كالفقراء - وقدمر حكم ذلك مستوفى

في بيان الحكم على الغائب

خاتمة- في بيان الحكم على الغائب- ونخبة القول فيه انه تارة يكون المدعى عليه غائبا عن البلد واخرى يكون حاضرا.

اما في الصورة الاولى فالمشهور بين الاصحاب انه تسمع الدعوى عليه ويجوز الحكم عليه مع البينة اوعلم الحاكم بل يجب حيثما يجب الحكم سواء كان بعيداً اوقريبا وفي المسالك دعوى اتفاق اصحابنا عليه وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه ويشهد به مرسل(١) جميل الذى هو كالصحيح عن جماعة من اصحابنا عنهما عليهما السلام قالا الغائب يقضى عليه اذا قامت عليه البينة ويباع ماله ويقضى عنه دينه وهو غائب ويكون الغائب على حجته اذا قدم قال ولا يدفع المال الى الذى اقام البينة الا بكفلاء- ونحوه خبر(٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام وزاد اذا لم يكن مليا- وخبر(٣) ابي موسى الاشعري- كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم- اذا حضر عنده خصمان فتواعدا الموعد فوفى احدهما ولم يف الاخر قضى للذى وفى على الذى لم يف اى مع البينة- وفي المسالك وغيرها قد استدل له بقوله في الخبر (٤) المستفيض عنه صلى الله عليه وآله وسلم انه قال لهند زوجة ابي سفيان وقد قالت ان ابوسفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف وكان اباسفيان غائباً -وفيه تامل- واما خبر(٥) ابي البختري عن جعفر عن ابيه عن علي عليهم السلام- لا يقضى على غائب- فلضعفه وعدم عمل الاصحاب به ومعارضته مع ما تقدم لابد من طرحه اوحمله على ما افاده صاحب الوسائل وهو عدم الجزم في الحكم بحيث لا يكون على حجته- ثم ان مقتضى اطلاق الخبرين وفتاوى الاصحاب عدم الفرق بين

(١-٢) الوسائل باب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الخلاف ج٣ ص٣٢١

(٤) المستدرك باب ١٣٤ من ابواب احكام العشرة كتاب الحج

(٥) الوسائل باب ٢٦ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣

تيسر حضوره وتعسره وبين امكان اعلامه وعدمه.

و اما فى الصورة الثانية فان تعذر عليه الحضور فى مجلس القضاء فالمشهور بينهم المدعى عليه الاجماع انه يجوز الحكم عليه وفى المسالك دعوى اتفاق اصحابنا عليه- وان لم يتعذر عليه الحضور ففى المسالك فالمشهور الجواز ايضا-وعن الشيخ فى المبسوط عدم جوازه ومال اليه المحقق الاردبيلى- وعن ظاهر القواعد والدروس التوقف فى المسألة.

وقد استدل للجواز مطلقا- بعموم الادلة والمراد بها مادل على الحكم بالبينة- وبالخبر المستفيض المتضمن لقضية هند زوجة ابى سفيان - وباطلاق خبرى جميل ومحمد المتقدمين بدعوى ان مقتضى اطلاقهما الحكم على الغائب مطلقا كان غائبا عن البلد اوعن مجلس القضاء.

ولكن العمومات تخصص بمادل على انه لايقضى لاحدهما مالم يسمع من الاخر كخبر (١) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اذا تقاضى اليك رجلان فلاتقض للاول حتى تسمع من الاخر فانك اذا فعلت ذلك تبين لك القضاء-وخبر (٢) العياشى فى تفسيره عن الحسن عن على عليه السلام ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم بعثه برائة الى ان قال فاذا اتاك الخصمان فلا تقض لو احد حتى تسمع الاخر فانه اجدر ان تعلم الحق - والعلوى (٣) قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم لما وجهنى الى اليمن اذا تحوكم اليك فلا تحكم لاحد الخصمين دون ان تسأل من الاخر قال عليه السلام فما شككت فى قضاء بعد ذلك - ومقتضى اطلاق هذه النصوص انه لايجوز الحكم على الغائب عن مجلس القضاء مالم يسمع منه وان تعذر حضوره أو امتنع عنه- نعم - لاتدل على اعتبار حضور مجلس القضاء فلوسمع منه الحاكم فى الخارج لاباس بحكمه عليه -الا ان الاجماع والتسالم على جوازه مع الامتناع من الحضور اوتعذره - يوجب تقييد اطلاقها - و يمكن ان يستدل له بخبر ابى موسى المتقدم - واما الخبر المستفيض فهو قضية فى واقعة فلعله

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤ من ابواب آداب القاضى حديث ٢-٧-٦

کان ابوسفیان غائبا عن البلد -مع انه من الجائز عدم کونه من باب الحکم بل بیان الفتوی- واما اطلاق الخبرین فممنوع- لان قوله علیه السلام ویکون الغائب علی حجته اذا قدم- ظاهر فی ارادة الغیبة عن البلد- ودعوی انه یصدق علی قدوم المجلس ایضاً کما تری خصوصاً بعد کون ذلک مذکورا بعد قوله یباع ماله ویقضی عنه دینه -فالمتحصل مما ذکرناه ان الجمع بین النصوص والفتاوی یقتضی البناء علی جواز الحکم علی الغائب عن البلد مطلقا - و علی الحاضر فیه غیر الحاضر مجلس القضاء اذا امتنع عن الحضور أو تعذر علیه ذلك والا فلا یجوز.

ثم ان تمام الکلام بالبحث فی فروع (١) ان المشهور بین الاصحاب علی مانسب الیهم انه لایکفی قیام البینة فی الحکم علی الغائب بل یعتبر ضم الیمین الیها - وقدمر الکلام فی ذلك فی الدعوی علی المیت وعرفت انه لاحاجة الی ضمها .

٢ - انه لاخلاف فی ان الغائب علی حجته اذا قدم من جرح الشهود وعدم اهلیة الحاکم وماشاکل والخبران المتقدمان شاهدان بذلك .

٣- ان المشهور بین الاصحاب اختصاص الحکم علی الغائب بحقوق الناس فلایجوز الحکم علیه فی حقوق الله تعالی مثل الزنا واللواط ونحوهما- وقیل الظاهر انه اجماعی و استدل له بقاعدة درأ الحدود بالشبهة و بنائها علی التخفیف بتقریب ان احتمال اقامة الغائب الحجة شبهة وای شبهة وهو حسن لکنه یختص بما اذا احتمل ان یکون للغائب حجة علی فعله واما خبرا جمیل و محمد المتقدمان المتضمنان للحکم علی الغائب فلا اطلاق لهما من جهة کون ذلك فی حقوق الله تعالی او حقوق الناس بل ظاهرهما کون ذلك فی حقوق الناس - وعلی فرض الاطلاق فالنسبة بینهما وبین نصوص قاعدة الدرأ عموم من وجه والترجیح لها .

و علی ذلك فلو کان المدعی به ذا جهتین کالسرقة لااشکال فی انه ینفك بینهما فیحکم علیه فی حق الناس وهو المال ولایحکم علیه فی حق الله تعالی وهو القطع و تردد المحقق ره فی ذلك نظرا الی انهما معلولا علة واحدة فلا وجه للتبعیض - وفیه - اولا بالنقض بما لو اقر بالسرقة مرة فانه یثبت علیه المال دون القطع- ولو کان

المقر محجورا عليه في المال يثبت الحكم بالقطع دون المال فليكن المقام كك ـ وثانيا ـ بالحل وهو ان مالايمكن التفكيك فيه بين الاثرين ـ انما هو وسائط الثبوت دون وسائط الاثبات ولعله يكون العلة في القطع هو ثبوت السرقة بحضور المدعى عليه لاالسرقة فقط ـ واما ما في المسالك من ان هذه ليست عللا حقيقية وانما هي معرفات للاحكام فلعل نظره الشريف الى ما ذكرناه ـ فلايرد عليه ماأورده السيد ره بانها بعد الجعل كالعلل العقلية .

٤ ـ اذاحكم على الغائب فلااشكال في جواز دفع الحق الثابت بالبينة من مال المدعى عليه الى المدعى وان توقف ذلك على بيع ماله جاز للحاكم بيعه ودفع ثمنه اليه ـ كما يشهد بذلك كله الخبران المتقدمان ـ وهل هو على وجه الوجوب لو طلب المدعى نظرا الى ثبوت حقه فيجب دفعه اليه ـ ام على وجه الجواز من جهة انه مع بقاء الغريم على حجته وعدم الاحاطة بمايحتج به لايكون حق ثابت وجهان ـ اظهرهما الاول لانه اذا حكم في الظاهر بثبوت حقه ولذلك جاز بيع ماله واداء حقه وجب دفعه اليه كساير الحقوق المالية غاية الامر انه ليس كثبوت الحق في ساير الموارد كي لاتسمع الدعوى بعد ذلك .

ـ٥ـ هل يتوقف جواز الدفع على اخذ الكفيل كما عن الشيخ ره في النهاية والقاضي والحلي والمحقق وجماعة من المتاخرين ـ ام لا يتوقف عليه كما عن ابن حمزة وفي المستند بل هو مذهب كل من اوجب اليمين هنا فاكتفوا بالتحليف عن التكفيل ـ الظاهر هو الاول للخبرين المتقدمين ولما عرفت من عدم وجوب اليمين عليه ـ ولكن في خبر محمد قيد ذلك بما اذا لم يكن المدعى مليا فمع ملائته لايجب التكفيل ـ وحيث ان ظاهر ذلك ان علة التكفيل والتقييد انما هو دفع الضرر عن الغريم لو ثبت استحقاقه الاسترداد فلذلك قالوا انه يعتبر ان يكون الكفيل من يسهل الاستيفاء عنه و كك الملي ـ وايضا يعتبر ان لايكون المال المدعى به زايداً عن قدر ملائته والا فلايكتفى بها ـ .

الاستحلاف

(الفصل الثالث في الاستحلاف) وفيه مسائل تقدم جملة منها في كتاب الايمان .

منها - انه لايستحلف الابالله **(ولا يجوز بغير اسماء الله تعالى)** . . وقد تقدم ذلك مع فروعه .

(و) منها - انه **(لو كان احلاف الذمي بدينه اردع جاز)** له احلافه بهعند جماعة وقد بينا ماهو المختارعندنا .

(و) منها - انه **(يستحب الوعظ والتخويف والتغليظ في نصاب القطع فمازاد بالقول والمكان والزمان)**

(و) منها - انه **(يكفي)** ان يقول الحالف **(والله ماله قبلي كذا)** بلا خلاف فيه .

(و) منها - ان **(يمين الاخرس بالاشارة)** المفهمة لليمين على الاشهر وعن الشيخ في النهاية انه يوضع يده مع ذلك على اسم الله سبحانه في المصحف ان حضروان لم يحضر فعلى اسمه المطلق - وعن ابن حمزة انه يكتب اليمين في لوح ويغسل ويؤمر بشربه بعد اعلامه فان شرب كان حالفا وان امتنع الزم بالحق - وقد مرما هوالحق عندنا .

(و) من مسائل هذا الفصل انه **(لايحلف الافي مجلس القضاء مع المكنة)** وقد مر الكلام في ذلك في الفصل السابق - في المسألة الاولى من مسائل الحكم باليمين

(و) منها ان **(اليمين على القطع الافي نفي فعل الغير فانها على نفي العلم)** وقد تقدم الكلام في ذلك في الفصل المتقدم في ما اذا كان جواب المدعى عليه بقوله لاادري - **(و)** قدعرفت انه **(لو ادعى المنكر الابراء اوالاقباض انقلب مدعيا)** .

لا يمين في حد

ومنها انه لا تسمع الدعوى في الحدود مجردة عن البينة (**ولا يمين في حد**) بلا خلاف فيه في الجملة والنصوص الكثيرة شاهدة بذلك لاحظ ـ حسن (١) اسحاق بن عمار عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام ان رجلا استعدى عليا عليه السلام على رجل فقال انه افترى على فقال عليه السلام للرجل افعلت مافعلت قال لا ثم قال للمستعدى ألك بينة فقال مالي بينة فاحلفه لي فقال عليه السلام ما عليه يمين ـ و مرسل (٢) البزنطي ـ الذي هو كالصحيح عن الصادق عليه السلام قال اتى رجل امير المؤمنين عليه السلام برجل فقال هذا قذفني و لم تكن له بينة فقال يا امير المؤمنين استحلفه فقال عليه السلام لا يمين في حد الحديث ـ ونحوه مرسل (٣) ابن ابي عمير ـ والنبوي (٤) ادرأوا الحدود بالشبهات ولا شفاعة ولا كفارة ولا يمين في حد ـ والعلوي (٥) لا يستحلف صاحب الحد واستدل له في المسالك وغيرها بانه من شرط سماع الدعوى ان يكون المدعي مستحقا لموجب الدعوى فلا تسمع في الحدود لانها حق الله والمستحق لم ياذن في الدعوى ولم يطلب الاثبات بل ظاهره الامر بخلاف ذلك لامره بدرأ الحدود بالشبهات وبالتوبة عن موجبها من غير ان يظهره للحاكم وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم لمن حمل رجلا على الاقرار عنده بالزنا هلا سترته انتهى ـ وكيف كان فلا اشكال في الحكم في الجملة ـ انما البحث في جهات.

-١- ان النصوص المتقدمة انما هي في اليمين المسقطة للحد ـ اما غير العلوي منها فكونه فيها واضح ـ واما العلوي فلان الظاهر ولا اقل من المحتمل كون ـ يستحلف ـ مبنيا للمجهول والمراد بالحلف هو حلف المدعى عليه لا اليمين المردودة والمراد بصاحب الحد من عليه الحد لا من له الحد وهو المقذوف ـ ولكن خصوص المورد لا يخصص الوارد

---

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٤-٢

ومقتضى اطلاق قوله عليه السلام لايمين في حد نفى اليمين المثبتة والمسقطة له.

ـ٢ـ لااشكال في الحدود التي تكون حقا محضالله كحد الزنا وشرب الخمر ـ واما لو اشترك الحد بينه وبين الادمي كحد القذف ففي سماع الدعوى به من المقذوف قولان ـ احدهما ـ ماعن الشيخ في المبسوط من انها تسمع ترجيحا لجانب حق الادمي وهو المقذوف وفرع الشيخ ره على قوله بانه لو ادعى عليه بانه زنالزمه الاجابة عن دعواه ويستحلف على ذلك فان حلف سقطت الدعوى ولزم القاذف الحدوان لم يحلف ردت اليمين على القاذف فيحلف ويثبت الزنا في حقه بالنسبة الى سقوط حد القذف ولايحكم عليه بحد الزنالان ذلك حق الله تعالى محض و استحسنه الشهيد ره ـ ثاينهما ما هو المشهور بين الاصحاب وهو انه لاتسمع دعواه ـ وهو الاظهر ـ لاطلاق النصوص وخصوص ما كان منها في القذف الذى لاضعف فيه بارسال ولاغيره كماعرفت.

ثم ان النصوص المتقدمة في اصل القذف مع الشك في صدوره في حق من هو محصن جزما او باعتراف القاذف ـ و اما لو كان القذف ثابتا مع دعوى القاذف عدم كون المقذوف محصنا فهو اجنبى عن مورد الاخبار الاعلى احتمال ان يكون قوله في مرسل البزنطي ولم تكن له بينة مقولا لقول القائل الذى يرويه الراوى ـ ولكنه خلاف ظاهر سوق العبارة ـ وعلى ذلك فهل يقام الحد على القاذف ـ لعموم ادلة حد القاذف الخارج عنه غير المحصن الذى هو عنوان خلاف الاصل وخلاف ظاهر حال المسلم ـ ام لايحد من جهة ان القذف عبارة عن عنوان الافتراء فبالاصل لايثبت عنوان القذف الماخوذ فيه حيثية الافتراء كما افاده بعض المحققين وجهان سياتي تحقيق القول فيه في كتاب الحدود.

٣ ـ اذا كان للمدعى به اثران ـ احدهما حق الادمي ـ والاخر حق الله تعالى كالسرقة فان موجبه امران المال و القطع ـ و الاول حق الادمي ـ والثانى حق الله تعالى ـ لاتسمع الدعوى بالنسبة الى الحد لمامر ـ و تسمع بالنسبة الى حق الادمي ويترتب عليه موجبه من اليمين والقضاء بالنكول اومع رده على المدعى على الخلاف ـ وقد تقدم انه لامانع من التفكيك بين الاثرين.

(**و**) منها انه (**لا**) یجوز الیمین (**مع عدم العلم**) بمعنی انه یعتبر فی الیمین العلم بالمحلوف والافلا یجوز - وقد تقدم الکلام فیه .

(**و**) منها انه (**لا**) یمین (**لیثبت مالالغیره**) والظاهر انه لاخلاف فیه بین الاصحاب بل علیه الاجماع فی جملة من الکلمات - واستدل له بانصراف اخبار الیمین عن مثله فانها متکفلة لاثبات طریقیة الیمین علی اثبات حق له او نفی حق عنه - ولا بأس به سیما مع دعوی الاجماع علیه - وقدمر الکلام فیه فی مسألة الدعوی علی المیت

(**و**) منها انه (**تقبل الشهادة**) ای شهادة الواحد (**مع الیمین اذا بدأ بالشهادة من عدل فی الاموال و الدیون لافی الهلال و الطلاق و القصاص**) وقدمر الکلام فی ذلک مفصلا فی المسألة الثانیة من الموضع الثالث فی الفصل السابق.

(**و**) منها - انه (**اذا شهد بالحکم عدلان عند حاکم آخر انفذه الحاکم الثانی مالم یخالف المشروع**) وقد مر الکلام فیه فی الفصل الاول مستوفی .

تعریف المدعی

(**الفصل الرابع فی المدعی**) وقد عرف بتعاریف (۱) انه من لو ترک ترک - والظاهر ارادة الترک فی تلک الدعوی لامطلقا - وعلی ذلک فلو کان مدیونا وادعی الوفاء یکون مدعیا لانه لو ترک هذه الدعوی یترک فیها فیکون الدین باقیا فی ذمته ولا ینافی عدم ترکه من هذه الحیثیة - وبعبارة اخری انه لو سکت ولم یخاصم سکت عنه ولم یخاصم (۲) ان المدعی هو الذی یدعی خلاف الاصل - و المراد به اعم من الاصل العملی والامارة المعتبرة وعلیه فیساوق مصادیق هذا التفسیر مع مصادیق التفسیر الاول (۳) ان المدعی هو الذی یذکر امراخفیا بحسب الظاهر - ای یدعی خلاف الظاهر بحسب المتعارف والمعتاد واشکاله ظاهر فانه یصدق المدعی علی من یدعی خلاف الاصل قطعا وان لم یکن قوله مخالفا الظاهر - وایضاً فهو یصدق علی من یدعی خلاف الظاهر غیر المعتبر مع انه لایصدق علیه المدعی (۴) ان المدعی من یکون بصدد اثبات امر علی غیره وهذا بحسب المصادیق متحد مع التعریف الاول (۵) المرجع فیه هو العرف -

وهذا ايضا بحسب المصاديق يرجع الى الاولين والرابع (٦) ان المدعى من يطلب منه البينة - وفيه - ان الكلام فى تعيين المدعى ليكون له البينة - والحق فى التعريف هو الخامس فانه لا اشكال فى انه ليس للمدعى حقيقة شرعية ولا متشرعية وعليه فلفظ المدعى الواقع فى النصوص كساير الالفاظ يكون المرجع فى تعيين مفهومه سعة و ضيقا هو العرف .

ثم انه قد يختلف صدق المدعى والمنكر بحسب مصب الدعوى - مثلا اذا اختلفا فى ان المال الذى اعطاه هل كان قرضا فيكون تلفه على الاخذ وهو ضامن ام كان قراضا فلا ضمان عليه - فان لم يكن نظرهما الا الى تعيين ان الواقع هو القرض او القراض كان كل منهما مدعيا ومنكراً - وان كان مصب الدعوى والغرض ثبوت الضمان وعدمه كان مدعى القرض مدعيا لاصالة البرائة عن الضمان - فان قيل ان مقتضى عموم قاعدة (١) على اليد هو الضمان فى كل يد على مال الغير لم يحرز كونها مجانية - وعليه فالمدعى هو من يدعى القراض فان قوله خلاف الدليل - قلنا - انه لا وجه للتمسك بقاعدة اليد فى المقام للعلم بعدم ثبوت ضمان اليد كان الدفع بعنوان القرض او القراض اذ على الاول يكون الضمان معاوضيا لا ضمان اليد - وعلى الثانى لا ضمان اصلا - فعلى التقديرين لا يكون ضمان اليد ثابتا - مع - انه لو اغمض عن ذلك وقيل ان الضمان الثابت بقاعدة على اليد اعم من ضمان اليد او ضمان المعاوضة يكون التمسك بها فى الفرض تمسكا بالعام فى الشبهة المصداقية لفرض خروج القراض عن تحتها وهو لا يجوز .

شرائط سماع الدعوى - فى اعتبار كون المدعى مكلفا

(و) كيف كان فالكلام فى هذا الفصل يقع فى مسائل - الاولى صرح غير واحد بانه يشترط فى سماع الدعوى امور - ١ - **(لا بد ان يكون)** المدعى **(مكلفا)** فلا تسمع دعوى المجنون و غير البالغ وان كان مميزاً مراهقاً بلا خلاف فيه كما صرح به

---

(١) سنن بيهقى ج٦ ص٩٠ وكنز العمال ج٥ ص٢٥٧

جماعة وفى المستند وغيره دعوى الاجماع عليه ـ واستدل له تارة بان المتبادر من الادلة هوالعاقل البالغ فاذا لم تشمل ادلة سماع الدعوى واحكامها للمجنون والصبى تعين الرجوع الى الاصل وهو اصالة عدم ترتب الاثار من وجوب السماع وقبول البينة والاقرار و سقوطها بالحلف ونحو ذلك ـ واخرى بما دل (١) على انه لايجوز امر الصبى حتى يحتلم او يبلغ خمس عشرة اوينبت قبل ذلك ـ و ثالثة بانهما مسلوبى العبارة ـ ورابعة بان الدعوى ربما تتضمن اموراً تتوقف على التكليف كاقامة البينة ونحوها

اقول لااشكال فى ان ما كان من موازين القضاء موجباً للتصرف المالى كالاقرار ورد اليمين والسكوت عن الجواب الذى عرفت انه نكول يترتب عليه حكمه لايصح من الصبى والمجنون كما لايخفى. وكذا لايجوز احلافهما ولا قبول حلفهما الوردت اليهما ـ ولكن سماع دعواهما لوادعيا على شخص انه جنى عليهما اوغصب مالهما واقاما شهوداعلى ذلك وماشا كل مما لايتوقف على التصرفات الممنوعة فلاارى فيه محذوراً اذ كون المتبادر من ادلة سماع الدعوى والحكم بالبينة هوالعاقل البالغ ممنوع ـ وحديث (٢) رفع القلم عنهما وعدم جواز امر الصبى انما هو بالنسبة الى التكاليف المتوجهة اليهما واما الحكم لهما مستنداً الى البينة القائمة فهو نظير الحكم بانهما يرثان لومات من يرثان منه فلاربط لتلك الاخبار به ـ وكونهما مسلوبى العبارة ممنوع مع انه لاربط لذلك ايضاً بالحكم لهما وسماع دعواهما ـ والاجماع على عدم سماع دعواهما مطلقا غير ثابت فاذاً الاظهر السماع وح ان كان هناك بينة يحكم الحاكم بها ـ والا فللحاكم احلاف المنكر مع المصلحة ولايلزم فى سماع الدعوى ترتيب جميع آثارها من الاحلاف والحلف ونحوهما .

٢ـ ان يكون المدعى رشيدا فلا تسمع من السفيه كما عن المحقق الاردبيلى والفاضل النراقى بل عن المعتمد الاجماع عليه والكلام فيه هو الكلام فى المجنون

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب عقد البيع و باب ٢ من كتاب الحجر

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من ابواب القصاص فى النفس

والصبی فالاظهر انه لایسمع دعواه فی خصوص الدعاوی المالیة المنتهیة الی التصرف المالی- واماما یتعلق بغیر المال کالقذف وماشا کل ومایتعلق به غیر المنتهی الی التصرف المالی فلا مانع من سماع دعواه والحکم له لو اقام بینة علیه.

فی اعتبار کون الادعاء لنفسه أومن له الولایة عنه

٣- ان یکون **(مدعیا لنفسه اومن له الولایة عنه)** بان یکون و کیلا أووصیا أوولیا اوحا کما او امینه بالاجماع مطلقا اثباتا وفی الجملة نفیا کذا فی المستند- ولم یذ کر الاصحاب لذلک دلیلا الا- انصراف العمومات الدالة علی وجوب الفصل بین المتخاصمین والحکم بالحق والقسط والعدل عن مثل ذلک- وانه لیس شأن مثله عرفاً تحریر الخصومة- واصالة عدم وجوب السماع منه و عدم وجوب الجواب علی المدعی علیه (وهی) کما تری- لمنع الانصراف- ولامورد للاصل مع اطلاقات الادلة -وعدم کون شأن مثله عرفا تحریر الخصومة لایوجب عدم صحة الحکم لو اقام بینة علیه- فالعمدة فی جانب النفی هوالاجماع - والمتیقن منه الدعوی للغیر بلاولایة ولاو کالة ولااذن وغیر الدعاوی الحسبیة من المحتسبین کما اذا غصب شخص اموال الصغار أو ادعی علی میت له صغار بدین وهو یعلم کذب المدعی او انه اوفاه وذمته بریئة وله شهود- فلو ادعی باحد هذه الوجوه تسمع الدعوی ویحکم الحا کم بما یقتضیه موازین باب القضاء -نعم بعض تلک الموازین کرد الیمین اوالحلف علی مامر لامورد له فی بعض الدعاوی وهو امر آخر لا ربط له بعدم سماع الدعوی و عدم الحکم بالبینة القائمة وقد بینا ذلک فی موضعه.

٤- ان یکون ما یدعیه امراً ممکناً فلاتسمع دعوی امر محال عقلا اوعادة اوشرعا وان یکون لازما فلوادعی هبة اووقفا لم یسمع الامع دعوی الاقباض -واستدلوا لذلک بان الانکار فیما لایلزم رجوع - وبانه مع الاثبات لا یجوز الاجبار علی التسلیم ولکن الاول ممنوع فان الرجوع امر قصدی غیر الانکار - ولیس جواز الاجبار علی التسلیم من آثار صحة الدعوی- والی ذلک نظر من قال ان اصل الملک شیء ولزومه

امر آخر ولكل منهما فوائد فيمكن دعوى احدهما بدون الاخر واذا ثبت احدهما يبقى الاخر - ثم ان هذا على تقدير ارادتهم من اللزوم معناه الظاهر - ولكن الظاهر كما افاده صاحب الجواهر ره ان مرادهم باللزوم ليس هو كونه بحيث لا يكون للمدعى عليه الرجوع او الفسخ بل المراد استحقاق المدعى بعد الاثبات لامجرد تهيئه له كما في الوقف و نحوه مما يكون القبض شرطا للانتقال - و عليه فلا يرد النقض عليهم بدعوى البيع من دون دعوى انقضاء الخيار - ودعوى الهبة اذا كان المتهب اجنبيا وماشا كل التي لا اشكال ولاخلاف بينهم في صحتها وسماعها - وايضا لا يرد عليهم ما اوردناه على الوجه الثاني الذى افادوه فان تحرير الدعوى انما هو لاثبات حق على المدعى عليه فاذا لم يثبت باثبات المدعى به حق على المدعى عليه لعدم انتقال المال بدون التسليم ولا يجب عليه التسليم فلا يمكن اجباره به لزم لغوية الدعوى والحكم ومثل ذلك لا يكون مجعولا شرعا.

-٥- ان يكون (ما) يدعيه مما (**يصح تملكه**) فلو ادعى عليه خمرا او خنزيراً لا تسمع - الا اذا كان في مقام يثبت له حق الاختصاص المنتهى الى الملكية او الصالح له كدعوى خمر تصلح ان تصير خلا.

عدم اعتبار الجزم في الدعوى

-٦- الجزم في الدعوى اعتبره ابن زهرة والكيدرى والمحقق وعن التنقيح نسبته الى المشهور - وعن ابن نما والفخر والشهيدين في النكت والمسالك عدم الاعتبار وهو ظاهر المحقق الاردبيلي - و عن المحقق الثاني عدم الاشتراط فيما يخفى عادة ويعسر الاطلاع عليه كالقتل والسرقة ونحوهما و الاشتراط في نحو المعاملات وهو ظاهر الدروس و الروضة على المحكى - وعن بعضهم الاشتراط مع عدم التهمة واما معها فلا يشترط ذلك - وعن القواعد والارشاد والتحرير و المفاتيح و شرحه و غيرها التوقف في المسألة .

و الاظهر هو عدم الاشتراط مطلقا - وذلك لوجوه - الاول - صدق المدعى على

من ادعى دعوى ظنية او احتمالية والمدعى عليه والمنكر على خصمه فيشملهما مادل على ان البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه والمنكر وانه يقضى بهما .

الثانى الاخبار الخاصة الواردة فى استحلاف الامين مع التهمة مثل ـ مارواه(١) الصدوق فى الصحيح عن عبدالله بن مسكان عن ابى بصير عن الصادق عليه السلام لايضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك الا ان يكونوا متهمين فيجيؤن بالبينة و يستحلف لعله يستخرج منه شيئا ـ ومارواه (٢) الشيخ عن بكر بن حبيب عنه عليه السلام لايضمن القصار الاماجنت يده وان اتهمته احلفته ـ وبهذا(٣) الاسناد قال قلت لابى عبدالله عليه السلام اعطيت جبة الى القصار فذهبت بزعمه قال عليه السلام ان اتهمته فاستحلفه وان لم تتهمه فليس عليه شيء ونحوها غيرها ـ فانها تدل على استحلاف المدعى عليه فى صورة كون الدعوى غير جزمية .

واورد على الاستدلال بها (تارة) باختصاصها بالتهمة فلا تنهض دليلا على العموم (واخرى) بانها مختصة بصورة تحقق اليد المقتضية للضمان من حيث هى فلا تشمل ساير الدعاوى الظنية من غير تحقق اليد ذكره فى ملحقات العروة (وثالثة) بانها تدل على جواز الاحلاف ولا تعرض فيها لسماع الدعوى وحكم الحاكم .

والكل منظور فيها ـ اما الاول ـ فلان التهمة تعم جميع الموارد التى ينكر فيها المدعى عليه لعدم اختصاص التهمة بمثل القتل والسرقة بل هى عامة شاملة للكذب فى الانكار وجلب النفع ودفع الضرر ـ واما الثانى ـ فلان اليد المتحققة فيها ليست يد ضمان قطعا لكون من يكون المال تحت يده امينا على الفرض ـ واما الثالث ـ فلان الاستحلاف انما هو عند الحاكم ـ وان شئت قلت ان الظاهر منها انه يستحلف فان حلف لاضمان عليه والا فهو ضامن ومن الواضح ان نفى الحق بالحلف واثباته بالنكول انما هو فى مقام الخصومة والنزاع ـ فان قيل انها مختصة بموارد خاصة ـ قلنا انه بضميمة عدم القول بالفصل وعموم العلة فى الصحيح يثبت فى جميع الموارد .

(١ـ٢ـ٣) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاجارة حديث ١١ـ١٧ـ١٦

الثالث خبرا (١) ابي بصير والاصبغ الواردان في قضية الشاب الذي ذهب ابوه مع جمع الى سفر ولم يرجع - حيث قضى شريح فيه بالحلف ثم فرق امير المؤمنين عليه السلام بين المتهمين واخذ الاقرار منهم فان الظاهر كون دعوى الشاب احتمالية اوظنية.

الرابع عموم ادلة الحكم بما انزل الله والقسط والعدل - والايراد عليه كما في ملحقات العروة بقوله لعل ما انزل الله ايقاف الدعوى الى حصول الجزم - يدفعه - قوله البينة على المدعى فانه الحق وما انزل الله والاصل عدم انزال غيره.

واستدل المشترطون (بان) المتبادر من الدعوى ما كان بالجزم (وبان) سماع الدعوى يوجب التسلط على الغير بالالتزام بالاقرار او بالانكار او التعزيم وهو ضرر عليه (وبان) لازم السماع القضاء بالنكول اويمين المدعى في صورة عدم الاقرار والبينة وكلاهما مشكل اما الثاني فلانه مع عدم علمه بمايدعيه لايجوز له ان يحلف واما الاول فلعدم جواز اخذ المدعى به مع عدم علمه بالحق وانكار المدعى عليه واحتمال كون نكوله عن الحلف للتعظيم اونحوه (وبالاخبار) (٢) الدالة على انه لورد اليمين على المدعى فلم يحلف فلاحق له.

ولكن التبادر ممنوع كمامر - ومنع كون الانكار و الحلف ضررا - مع انه قد يعارض بضرر المدعى كما اذا علم بان احد شخصين اخذ ماله ولم يعلم التعيين فيكون دعواه على كل منهما غير جزمية - وكون اثر سماع الدعوى في بعض الموارد القضاء بالنكول او يمين المدعى لايوجب عدم سماع الدعوى في مورد لايترتب عليه ذلك لعدم الدليل على كونه من اللوازم التي لاتنفك عن سماع الدعوى - مع انه يمكن منع امتناع ثمرة النكول ومنع عدم الحلية بمجرد النكول كيف وقد حكم الشارع في كثير من الموارد بحلية المال الماخوذ من الغريم مع عدم علم المدعى باشتغال ذمته كما في الغسال والصباغ والجمال يتهمهم صاحب المال بالخيانة او التفريط فانه دلت النصوص (٣)

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٢

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم

(٣) الوسائل باب ٣٠ من ابواب الاجارة

على انه يسمع الدعوى في تلكم الموارد ويحكم بالضمان بدون البينة - فليكن المقام من قبيل ذلك (واما) اخبار الرد على المدعي فهي مختصة بما امكن فيه الرد قطعا وهو هنا غير ممكن لنهي الشارع عن الحلف بدون العلم - وبما ذكرناه يظهر مدرك الاقوال الاخر والجواب عنه .

ثم انه على المختار من السماع - ان اقر المدعى عليه او اقام المدعي البينة فلا اشكال في ثبوت الحق وكذا ان حلف المنكر لا اشكال في سقوط الدعوى - وان لم يحلف فليس له الرد على المدعي لما مر وح فيلزم المنكر بالحق لما مر من انه يقضي بالنكول - ويشهد به اخبار استحلاف الامين المتقدمة - وقد يقال انه يقضي بثبوت الحق على المنكر حتى على القول بعدم القضاء بالنكول مع امكان رد اليمين واختصاص نصوص استحلاف الامين بموردها - من جهة انه لا ريب في صدق الدعوى والمنازعة في المقام وايضا لا اشكال في عدم شمول اخبار رد اليمين وعلى ذلك فيدور الامر بين ايقاف الدعوى الى الابد - والحكم بثبوت الحق على المدعى عليه - والاول خلاف القاعدة المستفادة من النصوص الدالة على ان الفاصل للخصومة هو البينة أو الحلف - وانه مع عدم البينة ان حلف المنكر سقطت الدعوى والاثبت الحق عليه فانه قد خرج عنها صورة امكان رد اليمين وردها بالاخبار وبقي بقية الصور تحتها ومنها المقام .

ويترتب على ما ذكرناه من عدم اعتبار الجزم في الدعوى - انه لا يعتبر تعيين المدعى عليه فلو ادعى على احد الشخصين أو الاشخاص مرددا بان قال لي كذا على زيد او على عمرو تسمع الدعوى فله ح ان يدعي على كل واحد منهما او منهم مستقلا - فان اقام البينة على كون احدهما المعين مديونا ثبت الحق عليه وسقطت الدعوى بالنسبة الى غيره - والا فان حلف احدهما سقط الحق عنه خاصة - وان حلفا برئا جميعاً - وان نكلا كان مقتضى القاعدة الزام كل منهما اومنهم بالحق وحيث يعلم اعدم اشتغال ازيد من واحد منهما او منهم فمقتضى قاعدة العدل والانصاف المصطادة من الاخبار هو الصلح بالسوية.

بل يمكن القول بذلك لو اقام المدعي البينة على اشتغال ذمة واحد منهما او منهم

بنحو الترديد او اقروا بالدين كك بان قالوا نعم واحد منا مديون لكن لا ندری المعين اذلا مجال لرجوع كل واحد من الجماعة الى اصالة البرائة كما فی الجنابة المرددة لان جريان الاصل بالنسبة الى كل واحد منهم مستلزم للضرر على ذلك الشخص ـ و عليه فاللازم توزيع ذلك المقدار عليهم ـ وان ابيت عنه فالقرعة(١) لانها لكل امر مشكل (فما) يظهر من المحقق والمصنف ره فی محكی القواعد فی باب القصاص من سماع الدعوى مع الترديد فی المدعى عليه ـ متين ـ و بذلك يظهر سماع الدعوى مع الترديد فيمن له الحق فلو علم اثنان ان لاحدهما حقا على واحد يصح لهما تحرير الدعوى كك وتسمع وبعد الاثبات بالاقرار على وجه الترديد او البينة كك يقتسمان على وجه الصلح القهری بالسوية:

فی اعتبار المخاصمة و كون المدعى به معلوماً

٧ ـ من شرائط سماع الدعوى والحكم القاطع لها ان يكون للمدعی طرف يكون بينهما منازعة ومخاصمة فعلا ـ فلو قال احد ان لی على زيد كذا وهو معترف به ويؤديه ولكن اريد منك طلبه وسماع الاقرار منه والحكم بمقتضاه ـ او اريد اقامة البينة وصدور الحكم لم يجب السماع ـ ولو سمع واقيمت البينة او اقر لم يجب الحكم بل لا يجوز من باب القضاء ـ ولو حكم لا يكون نقضه حراما ولا يجب العمل به ـ و كذا لو كان هناك وقف على نحو مخصوص صحيح عند بعض العلماء و اراد اصدار الحكم ممن يقول بصحته دفعا لادعاء بعض البطون اللاحقة ونحو ذلك مما هو محل الخلاف.

واستدلوا لذلك بظهور الدعوى فيما كان فيه مخاصمة و باختصاص ادلة وجوب القضاء و نفوذه و ظهورها فيما كان كك.

ولكن يمكن ان يقال ان ذلك بالنسبة الى وجوب سماع الدعوى تام ـ واما لو سمع وحكم مستندا الى احدى الامارات الشرعية من البينة والاقرار ـ فلا قصور

(١) داجع الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم

فى مادل على وجوب العمل على طبق الحكم وعدم جواز نقضه له فان قيل ان عمدة الدليل على حرمة النقض ووجوب العمل هو المقبولة (١) والمشهورة (٢) المتقدمتان وهما فى مورد النزاع والمخاصمة - قلنا ان خصوص المورد لايصلح لتقييد اطلاق الوارد ودعوى الانصراف من هذه الجهة ممنوعة - و مما يشهد لذلك اطلاق فتاوى الفقهاء ان جواب المدعى عليه اما انكار او اقرار اوسكوت فان مورد كلامهم اقرار المدعى عليه ولو لم يدع المدعى انكاره - ويؤيده انه لا اشكال فى صحة الحكم بالهلال والحدود التى لاخصومة فيها،

٨- ان يكون المدعى به معلوما بالجنس والنوع والوصف والقدر نسب اشتراطه الى الشيخ وابى الصلاح وبنى حمزة وزهرة وادريس والمصنف ره فى التحرير والتذكرة والشهيد فى الدروس فلو ادعى ثوبا اودابة اوفرساً اوشيئا على شخص لاتسمع دعواه واستدلوا له بعدم الفائدة لواقر به المدعى عليه - وفيه منع عدم الفائدة فانه يلزم ح ببيان الحق المقر به اوالمثبت بالبينة ويقبل تفسيره بمسمى الدعوى ويحلف على نفى الزايد اوالعلم به ولو لم يفسر لادعائه الجهل ايضا اولاصراره على العدم الواقعى لو ثبت بالبينة - فلو كان الجهل بالقدر يلزم بالقدر المشترك اى الاقل - وان كان بالوصف فالظاهر انه يؤخذ منه اقل الافراد بحسب الوصف والقيمة ولا يبعد الرجوع الى القيمة - وان كان بالنوع او الجنس فالظاهر الرجوع الى القيمة كما لايخفى وجهه و عليه فيرجع الجهل ح الى القدر فيؤخذ باقل ما يمكن من الثمن - نعم لو كان المدعى به مجهولا مطلقا مرددا بين ماله قيمة و ما ليس له قيمة لاتسمع دعواه.

و لما ذكرناه ذهب جماعة منهم المحقق فى النافع و المصنف ره فى الارشاد والقواعد وفخر المحققين فى الايضاح والشهيد الثانى وغيرهم على ماحكى الى السماع وعدم اشتراط هذا الشرط بل نسب الى الاكثر وهو الاقوى لعمومات الدعوى والمدعى والحكم - مع ان عدم سماعها قد يوجب الضرر المعلوم نفيه شرعا - ويؤيده انهم ذكروا

(١-٢) راجع الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى و باب ١ منها

سماع الاقرار بالمجهول والزام المقر بالتفسير- وسماع الوصية بالمجهول - بل سماع دعوى الوصية بالمجهول.

-٩- ان تكون الدعوى صريحة في استحقاق المدعي والافلا تسمع - والظاهر انه تام مع ضم امرين اليه - احدهما ارادة الاعم من الظهور والنصوصية من الصراحة - ثانيهما ان يكون دعواه بما لا يوجب شيئا على المدعى عليه غير منضمة الى قوله اتمم الدعوى بعد حصول البينة لي - اما تماميته مع الامرين فلعدم الفائدة لو ثبت ما يدعيه بالاقرار او البينة مثلا اذا قال هذا التمر الذي في يد زيد من نخلي لا تسمع دعواه لاحتمال كونه لغيره مع كون النخل له - واما سماعها مع انتفاء الامر الاول بان كان دعواه ظاهرة في الاستحقاق وان لم تكن صريحة فيه كما لو قال هذا الخبز الذي ليس في يد المدعى عليه من حنطة فلان فانه اقرار بانه له فواضح - واما سماعها مع انتفاء الامر الثاني فلعموم ما دل على سماع الدعوى الا ان لا يكون فيها فائدة.

تنبيهات

ثم انه ينبغي التنبيه على امور مناسبة للمقام - الاول - لا يشترط في سماع الدعوى ذكر سبب استحقاق المدعي به ولا كشف ما يلزمها ويتعلق بها من الحقوق و اللوازم بل يكفي فيها الاطلاق مجردا عن ذكر السبب وغيره بلا خلاف فيه بيننا من غير فرق بين ان يكون المدعى به عينا او دينا او عقدا من العقود - والوجه في عدم الاشتراط اصالة عدمه و عمومات سماع الدعوى و الحكم - وفي المستند نعم يشترط في دعوى القتل من ذكر سبب دعواه و كيفية قتله بانه قتله بنفسه أو بامره عمدا او شبه عمد او خطأً للخلاف الواقع في احكام القتل باختلاف اسبابه و كيفياته انتهى - و فيه - ان غاية ما يلزم من ذلك عدم كون المدعى به معلوما بجميع خصوصياته وقد صرح قده قبيل ذلك بعدم اشتراط العلم به ونسب الاشتراط في دعوى القتل الى المبسوط مدعيا عليه الاجماع معللا بان امره شديد وفائته لا يستدرك - وهو كما ترى - فالاظهر عدم الاشتراط و كفاية الاجمال نعم للحاكم ان يستفصل.

الثاني حكى عن بعض الفقهاء الاستشكال في سماع دعوى الاقرار ولو كان بالمعلوم من جهة انه لايثبت الحق في الواقع وانما هومثبت له ظاهرا ـ من باب اقرار العقلاء على انفسهم جائز (١) ـ ويرده ان ثبوت الحق ظاهرا يكفي في وجوب السماع مع انه من طرق اثبات الواقع كالبينة فلو ثبت اقراره بالبينة او الاقرار يحكم بثبوت الحق .

الثالث ظاهر كلمات القوم سماع الدعوى في كثير من المقامات بيمينه ـ وليس الوجه فيه سماع اليمين من المدعي كي يورد عليهم بمنافاة ذلك لقاعدة ان اليمين على المدعى عليه ـ بل الظاهر ان وجهه ان قول المدعي في تلك المقامات في نفسه مطابق للحجة ـ نظير دعوى ذي اليد فيكون هو منكر احسب ما تقدم ضابطه فيتوجه اليه وظيفته ـ واطلاقهم المدعي عليه والدعوى على قوله كاطلاق دعوى ذي اليد يكون مبنيا على التسامح في التعبير ـ وهي بمجموعها غير داخلة تحت كبرى واحدة بل هناك كبريات متعددة ـ منها كبرى المدعي بلا معارض ـ ومنها كبرى سماع قول ذي اليد ـ ومنها كبرى سماع قول الامين فيما ثبت فيه امانته ـ ومنها كبرى من ملك في ماهو راجع الى تحت سلطنته ـ ومنها دعوى مالا يعلم الامن قبله ـ ولاباس بالتعرض لما هو الوجه في هذه الكبريات.

سماع الدعوى بلا معارض

اما الكبرى الاولى ـ فالمشهور بين الاصحاب انه اذا ادعى مالا لايد لاحد عليه ولامعارض له في دعواه يحكم بانه له وليس لاحد معارضته من غير حاجة الى البينة ولا الحلف ويصح تصرفاته وان ادعاه بعد ذلك مدع آخر يكون هذا المدعي منكرا فيجري بينهما حكم المدعي والمنكر ـ ويمكن ان يستدل له مضافا الى تسالم الاصحاب عليه

---

(١) راجع الوسائل باب ٣ من الاقرار

والسيرة القطعية على طبقه في الجملة بموثق(١) منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه الف درهم فسأل بعضهم بعضاً الك هذا الكيس فقالوا كلهم لا وقال واحد منهم هولي فلمن هو قال عليه السلام للذى ادعاه ـ وصحيح (٢) البزنطى عن ابى الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيد الطير يساوى دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين فيعرف صاحبه او يجيئه فيطلبه من لا يتهمه فقال عليه السلام لا يحل له امساكه يرده عليه الحديث ـ وصحيحه (٣) الاخر عنه عليه السلام في الصيد ـ وان جائك طالب لا تتهمه رده عليه و دلالة هذه النصوص على حجية الدعوى المزبورة و اضحة لحكمه عليه السلام في الموثق بانه للذى ادعاه و في الصحيحين بوجوب رده الى من يدعيه وهو غير متهم ـ ويترتب عليه صحة الحكم بكونه له بمجرد دعواه وان لم يكن يده عليه .

وفي ملحقات العروة انه لا يدل شيء من الادلة المتقدمة حتى السيرة والاجماع على الحكم بانه له بمجرد دعواه ـ وقد ذكر في وجه عدم دلالة الموثق على ذلك وجهين ـ احدهما ـ ان الحكم فيه من حيث حصول العلم بان الكيس لذلك الذى ادعاه فان الظاهر انه لم يكن خارجاً عنهم ومع نفى غيره ينحصر فيه ـ وفيه ـ انه ليس في الخبر ما يشعر بذلك بل السؤال عن انه لمن هو ظاهر في عدم العلم بذلك ـ ولا اقل من عدم الاستفصال ـ ثانيهما ـ ان في مورده كان الكيس في يد الجماعة واذا نفى الجميع كونه لهم تبقى يد ذلك الواحد ومقتضاها كونه له ـ وفيه ـ ان كون الكيس في وسط الجماعة اعم من كونه تحت يدهم ـ فبترك الاستفصال يثبت المطلوب ـ و ذكر في وجه عدم دلالة صحيح البزنطى ان الامر بالرد فيه قيد بعدم الاتهام و حقيقة ذلك عدم تجويز كذبه اذ معه يصدق الاتهام ومع عدم تجويز كذبه يعلم ملكيته ـ وفيه ـ ان حقيقة عدم الاتهام كون

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب الصيد من كتاب الصيد والذباحة حديث ١

(٣) الوسائل باب ١٥ من كتاب اللقطة حديث ١

المدعى بحيث لايحتمل فى حقه ارادة اكل مال الغير وهذا فى نفسه لا يوجب العلم بالملكية مع قيام احتمالات من الخطاء وغيره .

ثم انه على المختار من ثبوت الملكية بالدعوى بلامعارض ـ ماذكره الاصحاب من انه اذاجاء بعدذلك من يدعى ملكيته يكون مدعيا والمدعى الاول منكرا ويجرى عليهما احكام المدعى والمنكر ـ غير ظاهر الوجه اذاقال كان لى من حين حصول يدك عليه ـ بل الظاهر كونه معارضاله لان اليد التى حالها معلوم لاتكفى فى جعله منكرا و كون من ادعى بعده مدعيا بل هما متداعيان ـ وعلى ذلك فيعتبر فيه عدم المعارض الى الابد ولايكفى عدم وجوده حين الدعوى ـ نعم اذالم يكن له معارض حين الدعوى يحكم فى الظاهر بعدم وجوده الى الابد بناء على ماهو الحق من جريان الاستصحاب فى الامور العدمية وفى الامور الاستقبالية ـ اللهم الا ان يقال ان الاجماع والسيرة وموثق منصور تدل على الحكم بملكيته له بمجرد عدم وجود المعارض حين الدعوى وان وجد فيما بعد فتامل ثم ان تمام الكلام بالبحث فى فروع .

١ـ لو ادعى اثنان على وجه الشركة مالا لايد لاحد عليه فان ادعيا كونه لهما على وجه الشركة يجرى على دعواهما حكم الدعوى بلامعارض ـ وان ادعى كل واحد منهما جميعه ـ فهل يحكم بانه لاحدهما وينفى الثالث ـ ام لا يحكم بذلك وجهان ـ مبنيان على شمول ادلة الدعوى بلامعارض لهما وعدمه ـ وعلى تبعية الدلالة الالتزامية للمطابقية حجية وعدمها ـ اذ لو قلنا بعدم الشمول او قلنا بالتبعية لايحكم بنفى الثالث اما على الاول فواضح واما على الثانى فلانه لو شمل دعوى كل منهما دليل السماع وقع التعارض بينهما ويتساقطان فلايمكن نفى الثالث بهما ـ ولو قلنا بالشمول وعدم التبعية فيحكم به ولايخفى وجهه ـ وحيث ان الادلة لاتشمل الفرض ـ و الاظهر هو التبعية فلاينفى الثالث بهما .

٢ـ اذا نفاه اولا وقال ان المال ليس لى ثم ادعى ثانيا كونه له فقد افاد صاحب الجواهر انه تسمع دعواه لاصالة صحة قوليه معالاحتمال التذكر وغيره ـ وقد يستدل

له بموثق منصور المتقدم بدعوى انه قال فقالوا كلهم لافقال واحد منهم هو لى وهذا ظاهر فى ان من ادعى الملكية قد نفاها اولا ثم قال هو لى فتدبر.

٣- اذا كان وقف لم يعلم مصرفه اولم يعلم المتولى له ولم يكن فى يد احد فادعى شخص انه المتولى عليه ولم يكن له معارض- فالظاهر جريان حكم الدعوى بلامعارض على دعواه وان كان خارجا عن مورد النص ولكن لم يقل احد بالفصل مع انه داخل فى معقد الاجماع فتدبر.

٤ - المقدار المسلم الثابت بالادلة من حجية الدعوى بلا معارض انما هو فى الماليات و كل ما يكون ربطا بين الاثنين من الزوجية و غيرها - واما مثل الطهارة والنجاسة والهلال وماشاكل فهى خارجة عن مورد القاعدة بل ربما لايصدق المدعى فى كثير من هذه المقامات - الاان يكون المدعى ثقة فانه يكون قوله حجة ح بناء على المختار من حجية الخبر الواحد فى الموضوعات.

٥- قال صاحب الجواهر ره بعدم سماع الدعوى بلا معارض لو كان المال فى يد شخص يكون مخاطباً بايصاله الى مالكه كالامانة التى لا يعلم مالكها والمجهول المالك الذى صار بيد شخص واللقطة ومال الميت الذى لايعلم وارثه ونحو ذلك- فلا يدفع الى من يدعيه الا بالبينة لان المتيقن من الاجماع والسيرة ومورد النصوص غير ذلك -وهو حسن -لولا ان مورد صحيحى البزنطى كون المال بيد من يكون مامورا بايصاله الى صاحبه من جهة كون الطير مستوى الجناحين و عليه فالاظهر جريانه فى هذه الصورة ايضا خرج عن ذلك اللقطة وقد مر الكلام فيها - ولو كان المدعى ثقة لاينبغى التوقف فى الحكم بانه له فى هذه الصورة ايضاً .

واما الكبرى الثانية - وهى كبرى سماع دعوى ذى اليد -فقد اشبعنا الكلام فيها فى رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة وفيها مباحث هامة نافعة-من اراد الاطلاع عليها فليراجعها.

واما الكبرى الثالثة- وهى كبرى سماع قول الامين فقد مر الكلام فيها فى كتاب الاجارة والوديعة.

من ملك شيئا ملك الاقرار به

واما الرابعة وهى سماع اقرار من ملك شيئا وتسلط عليه وان لم يكن ملكا له بالملكية الاعتبارية والمراد بها ان من له التصرف فى شيء و ان لم يكن ملكاً له ولا له السلطنة المطلقة عليه كالوكيل و العبد الماذون و من ماثل كان اقراره ماضياً ونافذا - ثم ان المراد بنفوذ اقراره ليس كون اقراره كاقراره ذلك الغير الذى يتصرف المقر عنه اوله حتى انه لايسمع منه بينة على خلافه فضلا عن حلفه على عدمه - بل المراد به اما ان اقراره به نافذ بالنسبة الى الاصيل كنفوذ اقراره وان لم يترتب عليه جميع آثار اقراره من غير فرق بين ان يقع هناك دعوى وبين ان لاتكون ولا بين ان يكون الدعوى مع الاصيل اومع ثالث - فلو اخبر الوكيل بقبض الدين من الغريم فاخباره يكون بمنزلة البينة للغريم على الاصيل لوادعى عليه بقاء الدين أوان قوله يقبل بالنسبة الى الاصيل لو انكره فيختص بالتداعى الواقع بينهما فلا تعرض فيه لقبول قوله بالنسبة الى الاصيل لو كانت الدعوى ترجع على ثالث حتى يكون كالشاهد للثالث على الاصيل والمتيقن هو الثانى.

فالوجه فى ثبوتها الاجماع قال الشيخ الاعظم ره القضية المذكورة فى الجملة اجماعية بمعنى انه ما من احد من الاصحاب ممن وصل الينا كلامهم الا وقد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم ان لامستند له سواها انتهى.

وبناء العقلاء عليه كما فى اقرار العقلاء على انفسهم - واليه نظر بعض الفقهاء حيث قال ان السيرة قائمة على معاملة الاولياء بل مطلق الوكلاء معاملة الاصيل فى اقرارهم كتصرفاتهم.

وقد افاد المحقق العراقى ره فى وجه ثبوتها انها من القواعد الاصطيادية من مدارك مختلفة واردة فى مقامات خاصة كما ورد النص (١) فى العبد المأذون فى

---

(١) لم اظفر به فى كتب الحديث والفتوى.

التجارة المشتمل على لفظ الاقرار ونفوذه فى حق مولاه وعليه ونفوذ اقرار الوكيل والامين فى الجهة الراجعة الى امانته انتهى و لتمام الكلام فى هذه الكبرى الكلية محل آخر -

قبول دعوى مالا يعلم الا من قبل المدعى

واما الخامسة - وهى كبرى سماع دعوى مايعلم الا من قبل المدعى - فالظاهر انها فى الجملة اجماعية وقد استدل بها الفقهاء فى موارد خاصة وظاهرهم كونها من المسلميات وقد ذكر الاصحاب مواضع يقبل فيها قول المدعى بغير بينه ولا يمين - وقد ذكرها الشهيد الثانى فى المسالك وانهاها الى اثنين وعشرين موضعا واستدلوا فى جملة منها بهذه القاعدة - اليك تلكم الموارد -١- دعوى الصبى الحربى الانبات بعلاج ليلحق بالذرارى فلا يقتل -٢- دعوى البلوغ بالاحتلام بل و بالانبات بناء على ان محله من العورة - ٣- مالو ادعى الذمى الاسلام قبل الحول ليتخلص من الجزية بناءاً على وجوبها عليه مع الاسلام بعده -٤- ادعاء صاحب النصاب ابداله فى اثناء الحول -٥- مالو خرص عليه فادعى النقصان الى غير تلكم من الموارد التى استدلوا للحكم بهذه القاعدة - وقد تنظر بعض الاصحاب فى بعض تلك الموارد لا للتشكيك فى هذه القاعدة بل لجهات اخر - مثلا اورد على الحكم فى المورد الاول - بان مقتضى اطلاق مادل (١) على ان الانبات امارة البلوغ الحكم به فى الفرض - وبالجملة - تسالم الاصحاب على هذه القاعدة ممالا يقبل الانكار .

و يشهد بها مضافا الى ذلك مادل (٢) من الاخبار على ان العدة و الحيض الى

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب عقد النكاح حديث ٨ و باب ١٤ من ابواب عقد البيع حديث ١ وباب ٦٥ من ابواب جهاد العدد حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٢٤ من ابواب العدد - وباب ٤٧ من الحيض و باب ٢٥ من ابواب عقد النكاح .

النساء فاذا ادعت صدقت ـ و في بعض الاخبار على ما افاده الكني قده في محكي كتاب القضاء التعليل بانه يتعذر عليها الاشهاد و لعله الى ذلك نظر القوم في تعليلهم سماع الدعوى في امثال هذه الموارد بتعذر اقامة الشهادة .

ثم ان ظاهر كلمات القوم حيث ذكروا جملة من صغريات هذه الكبرى الكلية في كتاب القضاء في ذيل احكام الحلف بعد ان ذكروا انه لايجري في الحدود ان مرادهم ذلك حتى في مقام النزاع ـ ولكنه مشكل لما مر من ان الفصل للخصومة والدعوى المسموعة لابد وان يكون اما بالبينة او باليمين فلاوجه لعدم اليمين عليه اللهم ـ الا ان يقال انه مع كون المدعى به شيئا لايعلم الا من قبله لايتصور النزاع والمخاصمة فيه لعدم امكان العلم به من غير ناحيته ولا اقامة البينة عليه وعليه فيصح اطلاق كلامهم انه يسمع قوله بلا يمين .

كيفية التوصل الى الحق

المسألة الثانية في التوصل الى الحق ـ وهو اما عقوبة او مال ـ والاول اما قصاص اوحد ـ اما الدية فهي داخلة في المال ـ واما القصاص ففيه قولان ـ١ـ عدم الاحتياج الى الحاكم وجواز استقلال الولي فيه اختاره الشيخ في موضع من المبسوط والمحقق في النافع و المصنف في احد قوليه واكثر المتاخرين بل عامتهم ـ٢ـ وجوب الرفع الى الحاكم ذهب اليه الشيخ ره في موضع اخر من المبسوط والخلاف على ماحكي وعن المقنعة والمهذب والكافي والقواعد والغنية وقضاء المسالك وعن الغنية نفي الخلاف فيه وعن الخلاف الاجماع عليه .

يشهد للاول اطلاقات الايات (١) والروايات (٢) الدالة على جواز قصاص الولي من الجاني و اشتراطه بذلك ينفي بالاطلاق وبالاصل .

---

(١) البقرة آية ـ١٨٧ و١٧٩ و١٩٤ ـ المائدة آية ٤٥

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب القصاص في النفس ـ كتاب الديات

استدل للثانى فى المسالك ـ بعظم خطره والاحتياج فى اثباته ـ وبان استيفائه وظيفة الحاكم على مايقتضيه السياسة وزجر الناس ـ وفي غيرها ـ بالاجماع المنقول ـ و بالقياس على الحدود بالطريق الاولى ـ وبمفهوم خبر (١) محمدبن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام من قتله القصاص بامر الامام فلادية له فى قتل ولاجراحة ـ وباحتياج اثبات القصاص و استيفائه الى الاجتهاد للاختلاف ـ و فى الكل نظر ـ اما الاول فلان عظم خطره يقتضى عدم جواز القصاص مالم يثبت جوازه و الكلام فيما اذا ثبت جوازه فى اشتراط اذن الحاكم وعدمه ـ واما الثانى ـ فلان مقتضى السياسة عدم الاستيفاء مالم يثبت لاالرفع الى الحاكم بل ربما يقال انها تقتضى مباشرته ـ واما الثالث ـ فلعدم حجيته سيما مع مخالفة الاكثر ـ واما الرابع ـ فلمنع الاولوية لعدم مقطوعية العلة ـ واما الخامس ـ فلانه لامفهوم للوصف ـ مع ان كل قصاص شرعى فهو بامر الامام عليه السلام واذنه ـ اضف الى ذلك ان غاية مدلوله على فرض الدلالة ثبوت الدية عليه لو اقتص بغير اذن الامام لاعدم جوازه ـ واما السادس فلخروج محل الخلاف عن مورد النزاع فان الكلام فى مورد ثبت جواز القصاص ـ فالاظهر عدم وجوب الرفع الى الحاكم

ثم ان الظاهر عدم وجوب الرفع فى قصاص الطرف ايضا لعموم ادلته .

واما الحد ـ فالظاهر انه لايجوز المبادرة اليه بدون اذن الحاكم ـ للاجماع ـ ولخبر (٢) حفص بن غياث عن ابى عبدالله عليه السلام قلت من يقيم الحدود السلطان او القاضى قال عليه السلام اقامة الحدود الى من اليه الحكم ـ وقدتقدم ان الحكم انماهو وظيفة المجتهد الجامع للشرائط فى زمان الغيبة .

فى المقاصة ودليلها

هذا كله اذا كان الحق عقوبة واما ان كان مالا ـ فتارة يكون عينا ـ واخرى

---

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٨

(٤) الوسائل باب ٣١ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

يكون دينا ـ و على التقديرين تارة يكون المطلوب منه مقرابه باذلا غير مماطل ولامعتذر ـ واخرى لايكون كك فهيهنا فروع ـ وقبل التعرض لها لا بد من ذكر ادلة جواز المقاصة الذى لاخلاف فيه فى الجملة بل عليه الاجماع فى جملةمن الكلمات وهى آيات وروايات .

اماالايات فقوله تعالى (١) ـ « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم » و قوله (٢) سبحانه « فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » وقوله (٣) عزوجل «والحرمات قصاص».

واما الروايات فمنها صحيح(٤) الحضرمى عن ابى عبدالله عليه السلام قال قلت له الرجل عليه دراهم فيجحدنى وحلف عليها ايجوز لى ان وقع له قبلى دراهم ان آخذ منه بقدر حقى فقال عليه السلام نعم ـ ولكن لهذا كلام قلت وما هو قال يقول اللهم لم آخذه ظلما ولاخيانة وانما اخذته مكان مالى الذى اخذمنى لم ازدد شيئا عليه ـ ومثله صحيحان(٥) آخران وزاد فى آخر احدهما و ان استحلفه على ما اخذ منه جاز ان يحلف اذا قال هذه الكلمة ـ ومنها خبر (٦) عبدالله بن وضاح كان بينى وبين رجل من اليهود معاملة فخاننى بالف درهم الى ان قال فوقع له بعد ذلك عندى ارباح ودراهم كثيرة فاردت ان اقتص الالف درهم فكتبت الى ابى الحسن عليه السلام الى ان قال فكتب عليه السلام لاتاخذ منه شيئا ان كان ظلمك فلاتظلمه ولولا انك رضيت بيمينه فحلفته لامرتك ان تاخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت اليمين بما فيها ـ ومنها خبر(٧) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاحد مثلها عند

(١-٣) سورة البقرة آية ١٩٤ (٢) سورة النحل ـ آية ١٢٦

(٤-٥-٨) الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ٤-٥-٦-١

(٦) الوسائل باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث٢

(٧) الوسائل باب ٤٨ من كتاب الايمان حديث٤

المجحود ايحل له ان يجحده مثل ماجحد قال عليه السلام نعم ولايزداد - ومنها صحيحا داودبن رزين وابن زربي - قال في احدهما(١) قلت لابي الحسن موسى عليه السلام اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فياخذونها ثم يقع لهم عندي المال فلي ان آخذه قال عليه السلام خذ مثل ذلك ولاتزد عليه - وقال في الاخر (٢) قلت لابي الحسن عليه السلام اني اعامل قوما فربما ارسلوا الي فاخذوا مني الجارية والدابة فذهبوا بهما مني ثم يدور لهم المال عندي فاخذ منه بقدر ما اخذوا مني فقال عليه السلام خذمنهم بقد ما اخذوامنك ولاتزد عليه - ومنها خبر(٣) جميل بن دراج سالت اباعبدالله عليه السلام عن رجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده اياخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال عليه السلام نعم - و منها خبر(٤) ابي بكر الارينى كتبت الى العبد الصالح عليه السلام جعلت فداك انه كان لي على رجل دراهم فجحدني فوقعت له عندي دراهم فاقبض من تحت يدي مالي عليه وان استحلفني حلفت ان ليس له علي شيء قال عليه السلام نعم فاقبض من تحت يدك وان استحلفك له انه ليس له عليك شيء - ومنها خبر(٥) اسحاق بن ابراهيم ان موسى بن عبد الملك كتب الى ابي جعفر عليه السلام يساله عن رجل دفع اليه رجل مالا ليصرفه في بعض وجوه البر فلم يمكنه صرف ذلك المال في الوجه الذي امر به وقد كان له عليه مال فسال هل يجوز لي ان اقبض مالي اوارده عليه فكتب عليه السلام اقتص مالك مما في يدك ومنها خبر (٦) علي بن سليمان قال كتبت اليه رجل غصب مالا اوجارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة اوفرش مثل ماخانه اوغصبه ايحل له حبسه عليه فكتب عليه السلام نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكثر فياخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي اليه انشاء الله - ومنها صحيح (٧) البقباق ان شهابا ماراه في رجل ذهب له بالف درهم

---

(١) الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١

(٢) الفقيه ج٣ ص١١٥ حديث ٢٥

(٣-٥-٦-٧) الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب به حديث ١٠- ٨-٧- ٢

(٤) الوسائل باب ٤٧ من الايمان حديث ١

واستودعه بعد ذلك الف درهم قال ابو العباس فقلت له خذها مكان الالف التى اخذ منك فابى شهاب قال فدخل شهاب على ابى عبدالله عليه السلام فذكر له ذلك فقال اما انا فاحب ان تاخذ وتحلف .

بيان مورد المقاصة وما يعتبر فيها

ثم ان تمام الكلام فى هذه المسألة فى ضمن فروع (١) المال المطلوب ان كان عينا لايجوز لمالكه الاخذ من مال الغاصب بقدره (و) انما (له انتزاع العين) من غير رفع الى الحاكم اذا كان المالك قادرا على الاخذ من دون فتنة اومشقة ولا ارتكاب امر غير مشروع بلا خلاف فيهما - اما جواز اخذ ماله فلعموم مادل (١) على تسلط الانسان على ماله - واما عدم جواز الاخذ من مال الغاصب فللاصل والاجماع - والنصوص المتقدمة مختصة بصورة عدم امكان اخذ ماله فان جملة منها فى الدين وما كان منها شاملا للعين كخبرى ابن وضاح وسليمان وصحيح داود لااطلاق لشىء منها فى الشمول لما امكن اخذ ماله .

وان لم يمكن اخذ ماله اصلا جاز له المقاصة من ماله الاخر بلا حاجة الى الاستيذان من الحاكم لاطلاق الاخبار المتقدمة بل والايات .

وان امكنه اخذ ماله لكن بمشقة اوارتكاب محذور مثل الدخول فى داره او كسر قفله اوما شاكل - فالظاهر جواز اخذ ماله - كما يجوز له المقاصة من ماله الاخر - اما جواز المقاصة فلاطلاق الادلة - واما جواز اخذ ماله فلان عدم جواز التصرف فى مال الغير فى الفرض ضررى على المالك منفى بحديث لاضرر (٢) ولايعارضه تضرر الغاصب بذلك فانه يؤخذ باشق الاحوال .

---

(١) البحار ج١ ص١٥١ الطبع القديم ج٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

(٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار و١٢ من احياء الموات

نعم اذا لم يكن مقصرا بان كان جاهلا بانه ماله ففى جواز اخذه اذا استلزم الضرر وعدمه وجهان بل وجوه و كلمات الفقهاء فى هذاالمقام لايخلوعن اضطراب

قال المصنف فى محكى التذكرة - لوغصب دينارا فوقع فى محبرة الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسرت لرده و على الغاصب ضمان المحبرة لانه السبب فى كسرهاوان كان كسرها اكثرضررا من تبقية الواقع فيما ضمنه الغاصب و لم تكسر انتهى .

وقال الشهيد فى محكى الدروس ولوادخل دينارا فى محبرته و كانت قيمتها اكثر ولم يمكن كسره لم يكسرالمحبرة و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه انتهى .

قال الشيخ الاعظم بعدنقل ذلك من الشهيد ولابد ان يقيد ادخال الدينار بكونه باذن المالك على وجه يكون مضمونا اذ لو كان بغير اذنه تعين كسر المحبرة و ان زادت قيمتها وان كان باذنه على وجه لايضمن لم يتجه تضمين صاحبها الدينار انتهى .

والحق ان يقال انه ان امكن المقاصة من ماله الاخر تعين ذلك - جمعا بين الحقين - والافلايبعد القول بملاحظة اكثر الضررين - اللهم الاان يقال ان المستفاد من الاخبار و مذاق الشارع ان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال فا لاظهر جواز اخذ ماله مطلقا .

ثم ان اقتص من الغاصب واخذمنه بدل ماله فهل يحصل التعاوض بين ما اخذه مقاصة وبين عين ماله التى عند الغاصب فيملك الغاصب العين فلورد الغاصب العين ليس للمالك الاخذ - ام لايحصل التعاوض وله اخذها غاية الامر انه ان لم يتلف ما اخذه يجب عليه رده اليه وجهان - والاظهر هوالاول من جهة ان ظاهر النصوص الدالة على المقاصة كون ما ياخذه المالك ملكا له و لذالاريب فى جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك على القول بهافيه .

وعليه فيمكن الاستدلال لانتقال العين الى الضامن بوجهين ـ احدهما ـ ان اهل العرف يفهمون من الامر بدفع البدل أو اخذه ـ حصول المعاوضة والمبادله بين العين والبدل وصيرورة كل منهما ملكا للاخر وبدلا عنه ـ ثانيهما ـ ان مقتضى عنوان التدارك والغرامة ذلك اذمع فرض عدم تلف العين لو حكم الشارع بتدارك ماليته بتمامه بعنوان تدارك مافي العهدة وبعنوان انه اخذ للمتعذر لامناص عن الالتزام بخروجه عن ملكه وحيث ان كون المتعذر من المباحات الاصلية لم يقل به احد فلابد من البناء على صيرورته ملكا للضامن .

واستدل للثاني تارة ـ بان الاخذ لايملك مااخذه مقاصة ـ نظرا الى انه مع بقاء العين يكون الفائت بسبب التعذر السلطنة المطلقة على العين فاللازم تداركها بسلطنة توازيها باخذ المماثل و كونه مباحا له ليكون مقابلا و تداركا للسلطنة الفائتة فالتدارك لايقتضى ملكية المتدارك فى هذه الصورة والسلطنة على الانتفاعات لاتستلزم الملكية فالماخوذ ليس ملكا للاخذ فقهرا لاتصير العين ملكا للضامن ـ واخرى ـ بان الماخوذ وان صار ملكا له الا انه بعنوان الغرامة والغرامة سادة للسلمة التى وردت على ملك المالك فلا يقتضى لزومها على الغارم دخول العين فى ملكه لعدم كونها بدلا عن نفس العين ـ وثالثة ـ بان ماياخذه المقاص لايكون عوضا عن ماله بل هو امر جوزه الشارع عقوبة ـ ورابعة ـ بمنع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض .

وفى الكل نظر ـ اما الاول ـ فلما عرفت من ان ظاهر النصوص و الاجماع هو الملكية لا الاباحة ـ واما الثانى فلان تملك مايساوى قيمة ماله لا بعنوان العقوبة والمجازاة بل بعنوان تدارك مافي العهدة يستلزم خروج العين عن ملكه ودخولها فى ملك الضامن و اما الثالث فلان ظاهر النصوص كون الماخوذ بعنوان العوضية من ماله لا بعنوان العقوبة ـ واما الرابع فلانه مع تسليم العوضية منع عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض كما ترى مناف لمقتضى المعاوضة وللفهم العرفى ـ فالاظهر هو خروجها عن ملكه .

ويترتب على ماذكرناه انه لورجع الضامن عن جحوده وبذل المال الذى عنده واراد رد المال الذى اخذمنه انه لايجب القبول على المقاص - و دعوى ـ ان التعاوض مادام الجحود ـ لادليل عليها.

و بما ذكرناه ظهرما فى كلمات المحقق النراقى فى المقام فانه اختار اولا بقاء العين على ملك المقاص ومنع كون ماياخذه عوضا عن ماله ـ ثم منع عن عدم جواز الجمع بين العوض والمعوض ـ ثم قال ان الثابت من الادلة ليس ازيد من جواز التصرف مادام الجحود والمماطلة و انه يستصحب ح عدم جواز التصرف الثابت قبل المقاصة ـ ثم عارض هذا الاستصحاب باستصحاب جواز التصرف الثابت بعد التقاص ـ وعليك بالتامل التام فيماذكرناه يظهرلك مواقع النظر فى كلامه.

٢ ـ ما ذكرناه فى الفرع الاول انما هو فيما اذا كان المطلوب عيناً ـ **(واما الدين فكك مع الجحود وعدم البينة ومع عدم البذل)** بلاخلاف فيه ويشهد به الايات والنصوص المتقدمة ـ انما الكلام فى انه هل يجوز المقاصة مع امكان الاستيفاء بالمرافعة ونحوها بلا مشقة ولاضرر كما عن الاكثر على مافى المسالك ـ ام لايجوز كما عن النافع ـ والاظهر هو الاول لعموم ادلة الاقتصاص بل صريح بعضها كخبر اسحاق المتقدم حيث قال فيه او ارده عليه و اقتضيه فان الاقتضاء صريح فى امكان التوصل ـ واستدل للثانى ـ باصالة عدم التسلط على مال الغير بغير اذنه خرج عنها ما اذالم يمكن استيفاء الحق وبقى الباقى ـ وبانصراف الاخبار ـ وببعض وجوه اعتبارية ولكن الاصل يرفع اليد عنه باطلاق الدليل ـ والانصراف ممنوع ـ والوجوه الاعتبارية لاتستاهل جواباً.

جواز المقاصة من الوديعة

٣ـ اختلف الاصحاب فى جواز الاقتصاص من الوديعة ـ فعن جماعة منهم الشيخ فى الاستبصار والتهذيب والحلى فى السرائر والمحقق فى الشرايع والنافع والمصنف ره فى المختلف والارشاد والتحرير وغيرهم فى غيرها وفى المسالك نسبة الى اكثر

المتاخرين وهوالجوازعلى كراهة. وعن الشيخ فى النهاية والصدوق فى اكثر كتبه والتقى والحلبى والكيدرى والطبرسى وابن زهرة مدعياعليه الاجماع وهوعدم الجواز وعن الدروس وظاهر الروضة التوقف ومنشأ الاختلاف تعارض العمومات والنصوص الخاصة فالحرى البحث فى مقامين.

الاول. فيما يقتضيه العمومات فقد استدل المجوزون بعموم الايات والاخبار المتقدمة الدالةعلى جواز الاقتصاص. واستدل المانعون بعمومات(١)وجوب ردالامانة وحرمة التصرف (٢) فى مال الغير. وح قد يقال ان النسبة بين الطائفتين عموم من وجه فتتعارضان فى الاقتصاص من الوديعة - فتتساقطان ويرجع الى اصالةعدم جواز التصرف فى مال الغير - وفيه - ان دليل حرمة التصرف فى الوديعة. امامادل على حرمة التصرف فى مال الغير مطلقا - اوخصوص مادل على حرمة الخيانة فى الامانة. والنسبة بين ادلة المقام مع الاول عموم مطلق فيقيد اطلاقه بها - وبينها وبين الثانى وان كانت عموما من وجه الاان ادلةالمقام حاكمة عليه فان الخيانة هى التصرف فى مال الغير بلا استحقاق وولاية على الاخذ - مع انه لوسلم التعارض بالعموم من وجه وعدم الحكومة لاوجه للتساقط والرجوع الى الاصل فان المختار فى تعارض العامين من وجه هو الرجوع الى اخبار الترجيح وهى تقتضى تقديم ادلة الباب.

المقام الثانى فى النصوص الخاصة. فقد استدل المجوزون بصحيح البقباق و خبر على بن سليمان المتقدمين - واستدل المانعون. بصحيح (٣) معاوية بن عمار عن ابيعبدالله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا الى ان آخذ مالى عنده قال عليه السلام هذه الخيانة - وخبر (٤) ابن اخى الفضيل بن يسار قال كنت عند ابيعبدالله عليه السلام ودخلت امرئة وكنت اقرب القوم اليها فقالت لى اساله

---

(١)الوسائل باب ١و٢ من ابواب الوديعة

(٢)الوسائل باب ٤ من الانفال - وباب ٣ من ابواب مكان المصلى.

(٣-٤)الوسائل باب ٨٣ من ابواب مايكتسب بهحديث ١١-٣

فقلت عماذا فقالت ان ابني مات وترك مالا كان في يد اخي فاتلفه ثم افاد مالا فاودعنيه فلي ان اخذ منه بقدر ما اتلف من شيء فاخبرته بذلك فقال عليه السلام لا قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ادالامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك - وقيل ان الطائفتين متعارضتان فتسقطان بذلك -وفيه- اولا ان المرجع في الاخبار المتعارضة اخبار الترجيح والتخيير فلاوجه للتساقط والرجوع الى دليل آخر -وثانياً ان اعمال قواعد التعارض انما هو اذا لم يمكن الجمع العرفي بين المتعارضين و في المقام يمكن ذلك بحمل المانعة على الكراهة فيكون المراد من الخيانة فيها هي الخيانة الصورية -وثالثا انه لووقع التعارض بينهما يقدم نصوص الجواز لفتوى الاكثر التي هي اول المرجحات وللموافقة للكتاب -فتحصل مما ذكرناه جواز الاقتصاص من الوديعة-

المقاصة بغير الجنس

٤ - المشهور بين الاصحاب على ما هو المستفاد من ظاهر الفتاوى و صريح جماعة جواز المقاصة بغير جنس الحق و عموم اكثر الاخبار و خصوص صحيحى داود و خبر علي بن سليمان شاهدان به- انما الكلام في انه هل يجوز المقاصة من غير جنس الحق اذا امكن الاخذ من جنسه بلا صعوبة -ام لا- اختار ثانيهما الشهيد الثاني في المسالك وهو المحكي عن اول الشهيدين-واختار في المستند الاول وحكى عن جماعة-وتوقف فيه السيد في ملحقات العروة-يشهد للاول عموم ادلة جواز الاقتصاص و استدل لثاني في المسالك بالاقتصار في التصرف في مال الغير المخالف للاصل على اقل مايندفع به الضرورة (وفيه) انه لاوجه للاقتصار على المتيقن مع وجود الدليل وهو الاطلاق - وربما يستدل له-بان الاخذ من غير الجنس يتوقف على تقويم وتفويض بقبول اوبيع و كل ذلك مخالف للاصل لايصار اليه الامع التوقف ولاتوقف مع امكان الاخذ من الجنس (وفيه) ان التقويم ليس خلاف الاصل - والتفويض متحقق في الجنس ايضاً -مع انه لوسلم ذلك يجوز ارتكابه مع الدليل وهوهنا موجود كمامر -فالاظهر هوجواز الاقتصاص من غير الجنس مطلقا .

ثم انه في المقاصة بغير الجنس يتخير بين ان ياخذه بدل ماله بعد التقويم ويجوز ان يبيعه وياخذ من ثمنه بمقدار قيمة حقه ويجوز ان يبيعه و يشتري بثمنه من جنس حقه كل ذلك لاطلاق الادلة - ثم انه لو اخذ ليقتص منه فتلف في يده قبل ان يقتص منه باحد الوجوه المذكورة مع عدم التقصير وعدم التاخير او نقص قيمته لاضمان عليه كمالايخفى .

٥- اذا لم يكن عالما بثبوت الحق واقعا بل كان ثبوته بمقتضى الاصول العملية مع فرض جحود الغريم- فهل يجوز التقاص كما في المستند- ام لايجوز قبل الترافع كما في ملحقات العروة وجهان - يشهد للاول ان جواز الاقتصاص رتب في الايات والنصوص على الواقع لا على العلم و قد حقق في محله قيام مقتضى الاصول الشرعية مقام الواقع- واستدل للثاني بان الظاهر من الاخبار صورة العلم بالحق - ويرده ان هذه الاخبار كساير الاخبار المتضمنة للاحكام المترتبة على الواقع لاظهور لها في اخذ العلم في الموضوع كي يقال ان الاصول العملية لاتقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع- فالاظهر هو الاول.

٦- لو كان الغريم غائبا ولم يعلم جحوده او عدم بذله - هل يجوز التقاص من ماله الحاضر كما في المستند للعمومات ولا طلاق صحيح البقباق و خبر اسحاق بل صحيح زربي- ام لايجوز- الظاهر هو الثاني لان اكثر النصوص علق فيها جواز التقاص على الجحود - واما صحيح البقباق فظاهره بواسطة قوله في رجل ذهب له الف درهم ذلك ايضا- وكذا ظاهر خبر اسحاق ذلك بقرينة قوله اوارده عليه و اقتضيه الظاهر في انه لم يقتص من ماله يتوقف وصوله اليه الى الترافع والخصومة و لا يكون ذلك الامع الجحود - وظهور صحيح زربي في ذلك ايضا لا ينكر فان ما ياخذه السلطان لامحالة يكون مع الجحود اوعدم البذل- وعلى ذلك فالنصوص انماهي في صورة الجحود اوعدم البذل والمماطلة- وحيث ان ذلك مشكوك فيه في المفروض فلايجوز.

٧ - اذا كان لزيد مال على عمرو وله مال على بكر وعلم بكر بذلك لا يبعد

جواز المواطاة مع بكر و اخذ حقه منه للعمومات ويجوز لبكر اعطائه لان جواز اخذ الغريم يستلزم ذلك هكذا ذكره بعض المحققين ـ و لكن يرد عليه انه لودل دليل خاص على جواز الاخذ من بكر كان دالا بالدلالة الاقتضائية على ذلك ولكن بما ان الدليل الدال عليه بالعموم فلا يكون صالحا لاثبات ذلك ـ وبعبارة اخرى ان تعين الكلى فى الموجود الخارجى يتوقف على اخذ المالك كما ان المديون مامور بايصال الدين الى الدائن ـ وكون اخذ الدائن من الدائن معينا لكلى ما فى الذمة وكونه بمنزلة اخذ الدائن يتوقفان على دليل خاص ولا يلزم اللغوية فى دليل الاقتصاص لو التزمنا بعدم شموله للفرض لما ذكر حتى يقال انه بدلالة الاقتضاء يدل على ذلك ـ اللهم الا ان يقال ان تجويز الشارع الاقتصاص من مال الجاحد بمنزلة التوكيل فى ذلك فكما ان اخذ الوكيل اخذ للموكل كذلك اخذ من يجوز له الاقتصاص .

ويمكن ان يقال انه لزيد ان يبيع ماله فى ذمة عمرو من بكر و ياخذ ثمنه فيصير بكر مالكا لما فى ذمة عمرو وبقدر ما لعمرو فى ذمته فيسقط ما فى ذمة كل منهما بالتهاتر .

٨ ـ اذا عثر على مال مشترك بين الغريم وغيره فان اذن الشريك لمن عثر فى الاقتصاص فلا اشكال فيه ـ والا فقد يقال بجواز التقاص من مال الغريم ويجب عليه اداء مال الغير وايصاله اليه للعمومات وادلة نفى الضرر لان حرمة مال الشريك ليست بازيد من حرمة الزايد على الحق من مال الغريم ـ ولكن يرده ان العمومات لاتصلح دليلا لجواز التصرف فى مال غير الغريم بدون اذنه اذ غاية الامر كون الدائن بمنزلة المديون وليس للمديون نفسه ذلك فضلا عمن هو بمنزلته ـ وادلة نفى الضرر لاتشمل المقام لتعارض الضررين ـ ولا يقاس مال الشريك بمال الغريم نفسه الذى يؤخذ باشق الاحوال ـ فالاظهر عدم الجواز .

٩ ـ اذا كان الغريم ناسيا للدين ـ او جاهلا بانه مديون ـ لايجوز المقاصة كما ذكرناه فى الفرع الخامس فان الكلام هنا فتوى ودليلا كالكلام فى ذلك الفرع

التقاص من مستثنيات الدين

ـ ١٠ ـ قال المحقق النراقي في المستند هل يجوز تقاص مستثنيات الدين كفرس ركوبه وثياب بدنه ونحوها ام لا الظاهر انه ان لم يتملك مايفي به الدين غير هذه الامور لايجوز ووجهه ظاهر والافيجوز لان المستثنى ليس عين المذكورات بل اعم منها ومن اثمانها انتهى ـ اقول ماافاده في الصورة الثانية متين واما ماافاده في الصورة الاولى فيمكن ان يورد عليه بان اطلاق ادلة الباب يقتضي الجواز ـ وما دل على استثناء تلكم الامور انما يختص باداء المديون نفسه ويدل على انه لايجب عليه الاداء منها و لايدل على عدم الجواز وعليه فما المانع من الالتزام بجواز الاقتصاص ـ و قياس الجاحد على غيره مع الفارق ولابد من التامل .

ـ ١١ ـ اذا كان الغريم مديونا بديون لايفي ماله بجميعها فان كان قبل حجر الحاكم له عن التصرف يجوز لصاحب الحق المقاصة بتمام حقه ـ و ان كان بعده لايجوز لان ماله ح متعلق لحق الغير ولايجوز التقاص مما هو متعلق لحق الغير كما اذا كان المال رهنا فانه لااشكال في عدم جواز المقاصة منه ـ وبه يظهر حكم ما اذا كان الغريم ميتا لايفي تركته بتمام ديونه فانه لايجوز المقاصة ح لتعلق حق الغرماء بتركته .

ـ١٢ـ قال المحقق النراقي في المستند الحق الذي يجوز تقاصه اعم من ان يكون ذو الحق معينا او احد الافراد فلو اوصى احد بشيء لواحد من اولاد زيد يجوز لاحدهم مقاصته بعد الجحود او المماطلة لصدق كون حقه عليه لان ذلك ايضا نوع حق وعلى هذا فيجوز للفقير تقاص الزكاة او الخمس ورد المظالم عن الغني المماطل وهل يجوز للحاكم ذلك للايصال الى اهله الظاهر نعم بل يجب لما مر من وجوب دفع الظلم عن المظلوم انتهى (و لكن) يمكن ان يقال ان الزكاة والخمس وماشا كل تكون ملكا للكلي لا للافراد فكل فرد لايكون مالكا لها كي يجوز له المقاصة ـ نعم اذا اذن الحاكم الشرعي من باب الولاية الشرعية في الاقتصاص جاز ـ فانه من

قبيل اقتصاص ولى المالك بالتسبيب وعلى ذلك فالاظهر اعتبار اذنه ولو على نحو العموم

١٣ - المشهور بين الاصحاب عدم وجوب الدعاء الذى تضمنته اخبار الحضرمى عند ارادة التقاص وفى الجواهر انه يمكن تحصيل الاجماع عليه - وعن الصدوق فى الفقيه والشيخ فى التهذيب وجوبه والجمود على ظاهر الاخبار يقتضى البناء على وجوبه ولكن من المحتمل ان يكون المراد بالكلام فيها الالتزام النفسانى وقصد الاخذ باخذه كونه عوضا عن ماله وبعنوان المقاصة لا بعنوان الخيانة لاوجوب التلفظ بذلك فلو لم يكن ملتفتا الى التقاص اولم يكن عالما بجوازه واخذه بغير قصد العوضية لم يجز ولم يملك ، و اطلاق الكلام على الالتزام شايع - مثل كلام الليل يمحوه النهار - ويدفع هذا الاحتمال قوله يقول اللهم - الخ - وعلى ذلك فيتعين حمله على الاستحباب لفتوى الاصحاب .

جملة من احكام اليد

المسألة الثالثة **(ولو ادعى ما لا يد لاحد عليه قضى له به مع عدم المنازع)** بلا خلاف لما تقدم فى اوائل هذا الفصل عند بيان كبريات - التى منها كبرى سماع دعوى ما لا معارض له - ثم ان فى المقام فرعا مناسبا ذكره فى الشرايع وغيرها - وهو ما لو انكسرت السفينة فى البحر - قالوا فما اخرجه البحر فهو لاهله وما اخرج فهو لمخرجه - وقدمر الكلام فيه فى كتاب الاطعمة والاشربة فى مسألة الاعراض وانه هل يوجب الخروج عن الملك ام لا .

الرابعة **(ويحكم على الغائب مع البينة ويباع ماله فى الدين ولا يدفع الا بكفيل)** وقد مر الكلام فيها فى خاتمة الفصل الثانى

حكم تنازع اثنين مافى يدهما أو احدهما

الخامسة **(ولو تنازع اثنان مافى يدهما)** فادعى كل منهما ان مجموعه له ولا بينة لواحد منهما - فالمشهور بين الاصحاب جريان قاعدة المدعى والمنكر حيث ان يد كل

منهما على النصف المشاع فيكون كل منهما مدعيا بالنسبة الى مافي يدصاحبه فيرجع الى قاعدة -البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه(ف) تكون النتيجة ان المال **(لهما بالسوية ولكل منهما احلاف صاحبه)** على نفي مايدعيه-وعن الخلاف والغنية والكافي والاصباح وفي الشرايع والمستند التنصيف بينهما من غير يمين-والكلام تارة فيما يستفاد من القواعد العامة واخرى فيما يستفاد من النصوص الخاصة

اما الاول - فان كان يد كل منهما على النصف فلااشكال في انه يصدق على كل منهما انه مدع في النصف ومنكر في النصف الاخر- فمقتضى قاعدة البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ان يحلف كل منهما لنفي مايدعيه الاخر -وان كان يد كل منهما على الكل كدارسكناها معا -ففي ملحقات العروة انه حيث يكون يد كل منهما على الكل لاعلى النصف لعدم تعقل كونها على النصف المشاع الابكونها على الكل اذ كل جزء يفرض فيد كل منهما عليه فيكون المورد من التداعي لاالمدعي والمنكر فلا يدخل تحت قوله البينة للمدعي واليمين على المدعى عليه ومقتضى القاعدة بعد عدم كونه خارجاً عنهما لمكان كون يدهما عليه التنصيف بينهما بلاحلف اذلا دليل عليه انتهى(وفيه)انه قد مر في كتاب البيع ان ملك المشاع ليس عبارة عن ملكية بعض المال - فلو كان مال لشخصين ليس معنى ذلك مالكية كل منهما النصف ذلك المال بحيث يكون التنصيف في المملوك - بل معناه مالكية كل منهما لتمام المال بالملكية الناقصة فان شئت فعبر عنه بثبوت الملكية لهما معا لتمام المال فيكون الفرق بين الملكية الاشاعية والمفروزة باختلاف الكيفية في نفس الملكية- وعلى هذا فيد كل منهما وان كان على تمام المال ولكن بما انه تحت يدهما معافهما معا امارة كونه لهما لابالملكية المستقلة بل بالمشاعة بالنحو المتقدم فلكل منهما حجة على النصف بذلك المعنى فيكون منكرا كما افاده الاصحاب فيشمله قاعدة المدعي والمنكر فمقتضى القاعدة هو لزوم حلف كل منهما على نفي مايدعيه الاخر وقد اشبعنا الكلام في ذلك في رسالتنا القواعد الثلاث المطبوعة

واما الثاني - فقد يقال ان مقتضى النصوص الخاصة هو التنصيف بينهما بلا حلف لاحظ مرسل (١) ابن المغيرة الصحيح عن ابن محبوب عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال الاخر هما بيني وبينك فقال ابوعبدالله عليه السلام اما الذى قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما - وموثق (٢) يونس عن الصادق عليه السلام في المرئة تموت قبل الرجل او الرجل يموت قبلها وما كان من متاع الرجل والنساء فهو بينهما - وقوى (٣) السكوني عن الصادق عن ابيه عليهما السلام في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما فقضى لصاحب الدينارين دينار اويقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين

ولكن الاخيرين غير مربوطين بالمقام سيما خبر السكوني بل الوجه في التنصيف فيه تردد المال بينهما مع عدم يد لاحدهما عليه وانما حكم بالتنصيف لقاعدة العدل والانصاف المصطادة من النصوص منها هذا الخبر - واما الاول فهو وان دل على التنصيف لكنه غير مربوط بباب المرافعة والمخاصمة بل يدل على حجية يد كل منهما على نصف مافي يدهما - وعليه فلا معارض لما دل على توقف القضاء على الحلف - فالمتحصل مما ذكرناه ان مقتضى القاعدة الاولية هو التنصيف بينهما وفي مورد النزاع والخصومة لكل منهما احلاف صاحبه وعلى هذا لوحلفا يقسم المال بينهما بالسوية ولو حلف احدهما اولا ولم يحلف الاخر ورد اليمين على الاول وحلف يكون تمام المال له ولا يكفيه الحلف الاول لانه على النفي - والمردود على الاثبات - نعم لورد الحلف على الثاني فالظاهر كفاية حلف واحد ولا يجب التعدد لاصالة تداخل الاسباب.

(ولو كان) ماتنازعا فيه **(في يد احدهما)** فيقدم قوله لان يده حجة على ملكيته له فيكون منكرا وخصمه مدعيا وله اقامة البينة - والا **(فللمتشبث)** المال **(مع**

---

(١) الوسائل باب ٩ من احكام الصلح حديث ١

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١٢ من احكام الصلح حديث ١

اليمين) وان نكل حكم به للمدعى بناء على المختار من الحكم بالنكول ـ وكذا ان رد وحلف المدعى ـ وان لم يحلف بعد الرد سقطت الدعوى ايضا ـ ويشهد بذلك مضافا الى قاعدة المدعى والمنكر ـ بعض(١) النصوص الخاصة ـ

لو كانت العين بيد ثالث

(و لو كان) العين المتنازع فيها **(فى يد ثالث)** ولا بينة فاما ان يصدق الثالث احدهما بخصوصه ـ او يصدق احدهما لا بعينه اى يقول انها لاحدهما ولا اعرفه او يصدقهما او يكذبهما معا او يقول لا ادرى انها لهما ام لا **(فهى)** فى الصورة الاولى **(لمن صدقه)** مع يمينه **(و للاخر احلافه)** اى احلاف المصدق ان ادعى عليه علمه بان العين له فان امتنع يجب عليه اغرام القيمة له بلا يمين أو مع اليمين المردودة على اختلاف القولين هكذا افاد جماعة بل هو المشهور بين الاصحاب فهاهنا احكام ـ ١ ـ ان من صدقه الثالث يكون قوله موافقا للحجة و منكراً والاخر مدعيا فيجرى فى حقهما قاعدة المدعى والمنكر ـ وقد استدلوا له بانه فى حكم ذى اليد بتقريب ان ظاهر العرف ان من اسباب صدق اليد كون الشىء تحت تصرف الانسان ولو باقرار من فى يده انه له فان من اقر بذلك يصير بواسطة الاقرار كالوكيل ـ و يمكن ان يستدل له مضافا الى ذلك بقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به ـ واستدل له فى المستند بالنصوص الخاصة ـ كصحيح(٢) سعد بن سعد عن الرضا عليه السلام عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا الى رجل من التجار فقال ان هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل ولا كثير فادفعه اليه يصرفه حيث شاء ولم يامر فيه صاحبه الذى جعله له بامر و لا يدرى صاحبه ما الذى حمله على ذلك كيف يصنع قال عليه السلام يضعه حيث شاء ونحوه صحيح(٣) اسماعيل الاحوص دلا على ان المال لصاحبه بمجرد الاقرار ـ فتامل فان احتمال كونه من باب الوصية لا الاقرار موجود ـ و صحيح (٤) ابى بصير عن

---

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب كيفية الحكم

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٦ من الوصايا حديث ٦ - ١٤

الصادق عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين واوصى ان هذا الذى ترك لاهل المضاربة ايجوزذلك قال عليه السلام نعم اذا كان مصدقا ـ ولكنه يدل على حجية خبر الواحد الثقة فى الموضوعات ولا ربط له بالاقرار الذى على فرض حجيته لايعتبر فيه كونه مصدقا ـ ومرسل(١) جميل عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلام فى رجل اقر على نفسه بانه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب قال عليه السلام ترد الجارية والولد على المغصوب اذا اقر بذلك الغاصب ـ و اطلاقه يشمل صورة ادعاء الغير للجارية ـ ونحوه مرسل الصدوق (٢) عن الصادق عليه السلام الا انه قال اذا اقر بذلك او كانت عليه بينة .

٢ ـ للمدعى احلاف المصدق له ويشهد به عموم مادل على ان اليمين على المنكر والمدعى عليه.

٣ ـ ان له احلاف المصدق اذا ادعى عليه علمه بان العين له ـ ويشهد به مادل على ثبوت الحلف على المنكر.

٤ ـ انه ان امتنع من الحلف اورد اليمين على المدعى فحلف ثبت عليه الحق ـ لما دل على ثبوت الحق باحدهما ـ فح عليه الغرامة لانه لايمكنه دفع العين لاستحقاق المقرله اياها باقراره فلايمكنه الارتجاع فقد ضيع حقه ـ و كل من ضيع حق الغير عليه الغرامة بلا خلاف ويشهد به خبر (٣) حنظلة عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل قال لاخر اخطب لى فلانة فما فعلت من شئ مما قاولت من صداق اوضمنت من شئ او شرطت فذلك لى رضا وهو لازم لى ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك فما طالبوه وسألوه فلمارجع اليه انكر له ذلك كله قال عليه السلام يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذى ضيع حقها الحديث ـ دل على ان كل من ضيع حقا

---

(١) الوسائل باب ٦١ من ابواب نكاح العبيد والاماء

(٢) الوسائل باب ٦١ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب الوكالة حديث ١

لغيره فعليه الغرامة له .

واما في الصورة الثانية وهي ما لو صدق الثالث احدهما لابعينه - فعن القواعد انه يقرع بينهما بلا حلف - وفي المسالك انه يقرع بينهما ويحلف من خرجت له القرعة - وقيل بالتنصيف بينهما كما في المستند - والاظهر هو التنصيف ان لم يكن بينهما نزاع او كان بينهما خصومة ولكن حلفا جميعا او نكلا كك من دون قرعة - لخبر(١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في رجل اقر عند موته لفلان وفلان لاحدهما عندي الف درهم ثم مات على تلك الحالة فقال علي عليه السلام ايهما اقام البينة فله المال وان لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان.

و اما في الصورة الثالثة (ف) هي ما (**ان صدقهما**) فالمشهور بين الاصحاب انه يقضى بها لهما بالسوية (**و تساويا ولكل**) منهما (**احلاف صاحبه**) كما لو كانت في يدهما ويظهر وجهه مما مر حيث انهما يصيران باقرار الثالث ذى اليد بالنسبة الى العين فيجرى فيهما ما تقدم ويزيد ان لهما احلاف المصدق ان ادعيا علمه لفائدة التغريم فان حلف والا فيغرم القيمة تماما لهما يقتسمانها بينهما نصفين - وان حلف لاحدهما خاصة غرم نصف القيمة للاخر - وكذا ان رد اليمين فحلف احدهما دون الاخر - وان حلفا معا غرم تمام القيمة يقتسمانها بينهما نصفين .

(**و**) اما في الصورة الرابعة وهي ما (**ان كذبهما**) ف(**اقرت في يده**) ولكل منهما عليه الحلف كما لايخفى وجهه .

واما في الصورة الخامسة وهي ما لو قال لاادرى انها لهما او لغيرهما مع اعترافه بانها ليست لنفسه فعن القواعد وفي المستند انه يقرع بينهما لانها لكل امر مجهول (٢) والظاهر جريان حكم ما لايد لاحد عليها الاتي في هذه الصورة ولو قال لاادرى انها لهما اولي فالظاهر جريان حكم الصورة الرابعة فيه فان يده عليها امارة كونها له بناء على امارية

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب الوصايا حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم

يدالانسان نفسه على الملكية كما حقق فى محله .

لولم تكن العين بيداحد

ولو كانت العين المتنازع فيهالايد لاحد عليها ففيه اقوال .

١ ـ ماعن المحقق الاردبيلي ره قال فهو مثل ما كان فى يد ثالث ولم يصدق احدهما ولم يدعيا علمه فيحلفان او ينكلان و يقتسمانها بالسوية وان حلف احدهما دون الاخر يكون للحالف بحكم العقل ولرواية (١) اسحاق بن عمار وفيهافلولم يكن فى يد واحد واقاما البينة قال عليه السلام احلفهما فايهما حلف ونكل الاخر جعلتها للحالف انتهى (وفيه) ان الحلف انما هووظيفة المنكر والمدعى عليه و كل من الطرفين فى المقام مدع ولا يصدق المدعى عليه و المنكر على واحد منهما فيكون من التداعى ولادليل على توظيف الحلف هنا ـ فان قيل انه وان لم يصدق المدعى عليه على واحد منهما لكنه يصدق المنكر على كل منهما فانه ينكر مايدعيه الاخر ـ قلنا ـ اولا انه قدعرفت ان المنكر من لوترك ترك وهذا لايصدق فى المقام ـ وثانيا انه لوسلم صدق المنكر على كل من انكر مايدعيه الاخر وان لم يكن قوله موافقا للاصل اوالحجة لاريب فى انه يعتبر كون انكاره بنحو الصراحة لابنحو الدلالة الالتزامية والافكل مدع يكون منكراً ايضا وعليه فان لم يقل واحد منهما لخصمه انه ليس لك لايصدق المنكر بهذا المعنى ـ وثالثا ان المتبادر من المدعى و المنكر فى صورة ذكرهما متقابلين الذى لم يجتمع مع الاخر ـ فالمراد بالمدعى هو الذى لايكون منكرا و بالمنكر الذى لايكون مدعيا ـ اضف الى ذلك كله انه لوسلم كون وظيفة كل منهما الحلف فمع حلفهما لاوجه للقول بالتنصيف الااذاعلم بعدم خروجها عنهما فان حلف كل منهما يسقط حق الاخروا ما الخبر الذى ذكره فهومختص بصورة البينة

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

فلايشمل المقام .

٢ ـ مافى المستند قال والقرعة لكل امر مجهول فالرجوع اليها اظهر كما حكم به على فى روايتى ابى بصير و ابن عمار ـ الاولى (١) بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عليا عليه السلام الى اليمن فقال له حين قدم حدثنى باعجب ماورد عليك قال يارسول الله اتانى قوم قدتبايعوا جارية فوطؤوها جميعا فى طهر واحد فولد غلاما فاختلفوا فيه كلهم يدعيه فاسهمت بينهم وجعلته للذى خرج سهمه وضمنته نصيبهم الحديث والاخرى (٢) اذا وطء رجلان اوثلاثة جارية فى طهر واحد فولدت فادعوه جميعا اقرع الوالى بينهم فمن قرع كان الولدله ويردقيمة الولدعلى صاحب الجارية الحديث وعمل بهما الاصحاب طرافى موردهما من غير احلاف (وفيه) ان مقتضى قاعدة العدل والانصاف التى هى قاعدة عقلائية ومصطادة من النصوص الواردة فى الموارد المختلفة هو التنصيف فى الماليات فى صورة العلم بعدم خروج المال عنهما ومعها لامورد للرجوع الى القرعة ـ واما الخبران فهمامختصان بموردهما وان احتمل كونها لثالث غيرهما فلقاعدة سماع دعوى مالامعارض له يحكم بانها لها فيجرى فيه ماذكرناه فتامل .

٣ ـ التنصيف بينهما من غير احلاف لانه من باب التداعى فيرجع الى قاعدة العدل والانصاف وهو الاقرب .

تنازع الزوجين فى متاع البيت

المسألة السادسة (**ولو تداعى الزوجان متاع البيت قيل**) والقائل الشيخ فى محكى النهاية والخلاف والاسكافى والحلى والمحقق والمصنف ره فى التحرير والشهيد فى الدروس وغيرهم فى غيرها بل نسبه الشهيد الى الاكثر ان (**للرجل ما يصلح له**) كالعمائم والدروع والسلاح (**وللمرئة مايصلح لها**) كالحلى والمقانع وقمص النساء (**ومايصلح لهما**) كالفرش والاوانى وماشا كل يقسم (**بينهما**) .

(١ـ٢) الوسائل باب ١٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦ـ١٤

ويشهد به جملة من النصوص كصحيح (١) رفاعة عن الصادق عليه السلام اذا طلق الرجل امرأته وفى بيتها متاع فلها مايكون للنساء ومايكون للرجال والنساء قسم بينهما قال واذا طلق الرجل المرئة فادعت ان المتاع لها و ادعى الرجل ان المتاع له كان له ما للرجال ولها ما يكون للنساء وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما - وموثق (٢) سماعة عن رجل يموت ماله من متاع البيت قال السيف والسلاح والرحل وثياب جلده - وموثق (٣) يونس بن يعقوب عن ابى عبدالله عليه السلام فى امرأة تموت قبل الرجل اورجل قبل المرئة قال عليه السلام ما كان من متاع النساء فهو للمرئة وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما ومن استولى على شيء منه فهو له - ولايضر اختصاص الاخيرين بالموت والاول بالطلاق لعدم القول بالفصل وتتميم كل منهما بالاخر لعدم التنافى كمالايضر عدم اشتمال كل منهما على التفصيل المذكور بعد دلالة المجموع عليه - ولكن الاستدلال بها وان كان تاما - الا انه يعارضها اخبار البجلى الاتية فيتم ذلك لو امكن حملها على مالاينافيها - (و) كيف كان ففى المسألة اقوال اخر وروايات اخرى.

(قال فى المبسوط اذالم تكن بينة ويدهما عليه فهولهما) وحكى عن ظاهر الارشاد و صريح القواعد والايضاح و التنقيح - و لادليل لهم سوى ماتقدم فى مسألة مالوتنازع اثنان مافى يدهما - ويرده النصوص المتقدمة.

وعن الشيخ فى الاستبصار والتهذيب وظاهر الكلينى وعن شرح المفاتيح ان الجميع للمرئة الاما اقام الرجل عليه البينة واستدل له بصحيح (٤) عبدالرحمن عن ابى عبدالله عليه السلام قال سئلنى هل يقضى ابن ابى ليلى بالقضاء ثم رجع عنه فقلت له بلغنى انه قضى فى متاع الرجل والمرئة اذامات احدهما فادعاه ورثة الحى وورثة الميت اوطلقها فادعاه الرجل وادعته المرئة باربع قضايا - فعدها الى ان قال فى الرابعة ثم قضى بقضاء بعدذلك لولا انى شهدته لم اروه عنه ماتت امرأة مناولها زوج وتركت

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٨ من ابواب ميراث الازواج حديث ٤-٢-٣-١

متاعا فرفعته اليه فقال اكتبوا المتاع فلما قرأه قال للزوج هذا يكون للرجال والمرئة فقد جعلناه للمرئة الا الميزان فانه من متاع الرجل فهو لك الى ان قال فقلت ما تقول انت فيه فقال عليه السلام القول الذی اخبرتنی انك شهدته وان كان قد رجع عنه فقلت يكون المتاع للمرئة فقال ارأيت ان اقامت بينة الى كم كانت تحتاج فقلت شاهدين فقال عليه السلام لو سألت من بين لابتيها - يعنی الجبلين و نحن يومئذ بمكة لاخبروك ان الجهاز والمتاع يهدى علانية من بيت المرئة الى بيت زوجها فهی التی جائت وهذا المدعی فان زعم انه احدث فيه شيئا فليات عليه البينة ونحوه صحيحاه الاخران .

وفيه - اولا انه لو تمت دلالتها لكانت دالة على القول الرابع وهو ما عن الصدوق فی الفقيه من ان ما يصلح للرجل له وما يصلح لهما او للنساء للمرئة فانه استثنى الميزان الذی هو من مختصات الرجال وعلله بانه من متاع الرجل - فما قضى به اخيرا الذی صححه الامام عليه السلام هو كون ما يختص بالرجال للرجل - فان قيل ان قوله فقلت يكون المتاع للمرئة يدل على ان الجميع لها - قلنا ان الالف واللام فيه للعهد وهو ما حكم بكونه لها - فان قيل ان استثناء الميزان انما هو فی خبرين منها وليس فی الثالث - قلنا انه يقيد اطلاقه بهما سيما وان الظاهر ان الجميع متضمنة لقضية واحدة - وثانيا انه لاتتم دلالتها على ما هو محل النزاع فان ما فی ذيلها من التعليل يدل على ان الحكم بكون المتاع للمرئة انما هو فيما علم باتيانها اياه من بيتها ولو من جهة جريان العادة بنقل الجهاز واثاث البيت من بيت الزوجة ولعل الحال كان كك فی السابق وفی مثله يكون الحكم على طبق القاعدة فان المتاع معلوم انه كان للمرئة والشك انما هو فی انه هل حدث فيه شیء اولا والاستصحاب يقتضی العدم فيكون الرجل مدعيا وعليه البينة كما صرح بذلك فی ذيل الصحيح و هذا غير ما هو محل النزاع من عدم العلم بكون المتاع لايهما.

وعلى ذلك فالجمع بينها وبين الاخبار التی استدل بها للمشهور القاضية بان ما يكون مختصا بالرجال فهو للرجل و ما كان مختصا بالمرئة فهو لها و ما كان

يصلح لهما فهو لهما يقتضى البناء على ان ما علم فيه حالته السابقة وانه كان للرجل اوالمرئة وكانت يد الاخريد ماذونة من مالكه ولو بحكم الاستصحاب فهوله ومالم يعلم فيه الحالة السابقة يجرى فيه التفصيل المتقدم لان هذه النصوص على ما ذكرناه اخص مطلق من تلك النصوص و هى و ان اختصت بما علم انه للمرئة الا انه يتم فى ما احرز كونه للرجل بعدم الفصل - ويمكن ان يقال ان اخبار المشهور تدل بانفسها على ذلك من جهة ما فى ذيل موثق يونس فمن استولى على شىء فهوله فانه يدل على ان ما كان تحت يد احدهما خاصة فهو له - وح فما علم انه كان لاحدهما خاصة يحكم بكونه تحت يده بحكم الاستصحاب وان يد الاخر عليه يد ماذونة من مالكه فالمتحصل مما ذكرناه ان ما علم حالته السابقة يبنى عليها- والا فيجرى فيه ما ذكره المشهور من التفصيل والله تعالى العالم.

وفى المقام قول خامس حكى عن المصنف فى المختلف وتبعه الشهيدان وجماعة من المتأخرين و هو الرجوع فى ذلك الى العرف والعادة فى الاختصاص باحدهما فان وجد عمل به وان فقد او اضطرب كان بينهما نصفين - و علل بان عادة الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار والنظر راجعة الى ذلك ولهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الاصل وكون المتشبث اولى من الخارج لقضاء العادة بملكية ما فى يد الانسان غالباً فحكم بايجاب البينة على من يدعى خلاف الظاهر والرجوع الى من يدعى الظاهر و اما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لاحدهما فتساويا فيها ويؤيده استشهاده عليه السلام بالعرف حيث قال قد علم من بين لابتيها وقال لو سألت من بينها... الخ- واشكاله ظاهر مما قدمناه.

ثم ان الظاهر من النصوص من جهة الخلو عن ذكر اليمين عدم الاحتياج اليها ولكن الظاهر اتفاق الاصحاب على اعتبارها فى مورد النزاع والخصومة عند الحاكم ويمكن ان يوجه بان النصوص فى مقام بيان من يقدم قوله منهما و من يكون قوله موافقا للحجة لا لبيان الحكم من جميع الجهات وعليه ففى الحلف لابد من الرجوع الى ما يقتضيه موازين باب القضاء فالاظهر اعتبارها- وربما يستدل له بان ما يصلح للمرئة

لو كانت بيدها فى غير بيت زوجها وادعاه الزوج لايترك للمرئة بدون يمينها فكيف اذا كان فى بيت الزوج ولم يثبت يدها وكك الرجل ففى الحقيقة يكون ذلك استدلالا بالاولوية ولاباس به - ثم ان الظاهر عدم الفرق بين كون التداعى فى تمام متاع البيت او بعضه لاطلاق الادلة .

حكم تعارض البينتين اذا كانت العين فى يد احدهما

المسالة السابعة **(و لو تعارض البينتان)** فى شيء - فاما ان يكون العين المتنازع فيها فى يد احد المتداعيين - او بيدهما - او بيد ثالث - اولا يد عليها - فالكلام فى فروع.

١ - اذا كانت العين فى يد احدهما واقام كل منهما بينة فللاصحاب فيه قوال

الاول - ترجيح بينة الخارج مطلقا سواء شهدت البينة من الجانبين بالملك المطلق او المقيد بالسبب او التفريق نسب ذلك الى والد الصدوق والشيخ فى كتاب البيوع من الخلاف وسلار وابن زهرة والكيدرى وعن الغنية الاجماع عليه واختاره طائفة من المتاخرين.

الثانى - ترجيح بينة الداخل مطلقا وهو المحكى من كتاب الدعاوى من الخلاف.

الثالث **(قضى للخارج الا ان تشهد بينة المتشبث بالسبب)** فيرجح **(ولو شهدتا بالسبب فللخارج)** اختاره المصنف ره فى المقام و حكى عن الشيخ فى النهاية والصدوق والقاضى والطبرسى والمحقق فى النافع والشرايع والمصنف ره فى المختلف والتحرير والارشاد والقواعد وعن نكت الارشاد والروضة والمهذب.

الرابع ترجيح الخارج مطلقا الا اذا تضمنت البينتان او بينة الداخل فقط ذكر السبب فيرجح الداخل نسب الى الشيخ فى جملة من كتبه وجماعة.

الخامس ترجيح الخارج مطلقا الا مع اعدلية بينة الداخل ثم اكثريتها وهو للمفيد .

السادس ترجيح اكثرهما عددا ومع التساوى فللحالف منهما فمع حلفهما او نكولهما فللداخل نقل عن الاسكافى والمفاتيح وشرحها .

السابع الفرق بين السبب المتكرر كالبيع وغير المتكرر كالنتاج ونساجة الثوب

نسب الى ابن حمزة وفسر ذلك بانه اذا شهدت لذى اليد على سبيل التكرار كان يقول كان يبيعها مرة ويشتريها اخرى يرجح بينته وان قال اشتراها مرة واقتصر على ذلك او قال قولا آخر قدمت بينة الخارج .

الثامن تقديم بينة الخارج الا اذا شهدت بالملك و شهدت بينة الداخل بالارث فيقدم اكثرهم بينة ويستحلف هو محكى عن ظاهر الصدوق فى الفقيه وحكى عن الحلبى .

التاسع الرجوع الى القرعة اختاره العمانى - و فى المسألة اقوال اخر وتردد جماعة فى الحكم كالشهيدين فى الدروس واللمعة والمسالك و صاحب الكفاية على المحكى - واختلف كلماتهم ايضا فى نسبة الاقوال - وفى دعوى الاجماع بل ربما يدعى فقيه واحد فى مورد الاجماع و يدعى على خلافه الاجماع فى مقام آخر - و قد يحكم بضعف خبر و يعمل به فى مورد آخر و تنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى موضعين - احدهما فيما يقتضيه القواعد العامة - ثانيهما فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الاول فالبينة التى تكون حجة فى غير مقام فصل الخصومة مطلقة غير مقيدة ببينة خاصة واما البينة التى تكون حجة فى ذلك المقام فقدمر انها وظيفة المدعى وانه لو اقامها المنكر لا يعتمد عليها فى الحكم وهو مستفاد من قولهم عليهم السلام البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه - بواسطة التفصيل القاطع للشركة بل خبر منصور (١) عن الصادق عليه السلام صريح فى ذلك قال عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذى فى يده بينة لان الله عزوجل انما امر ان يطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة و الا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عزوجل - وادعى صاحب الرياض الاجماع على عدم قبولها منه .

وفى ملحقات العروة اختار السيد سماع البينة من المنكر - واستدل له بعموم مثل

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ٤

قوله صلى الله عليه وآله وسلم (١) انما اقضى بينكم بالبينات والايمان - وبخصوص خبر (٢) حفص بن غياث حيث قال للصادق عليه السلام اذا رأيت في يد رجل ايجوز ان اشهد انه له قال عليه السلام نعم فانه يدل على جواز الشهادة لذى اليد وصحتها-وخصوص صحيح (٣) حماد الحاكى لامر عيسى بن موسى فى المسعى اذرأى ابا الحسن موسى عليه السلام مقبلا على بغلة فاتاه رجل وتعلق باللجام وادعى البغلة فثنى ابو الحسن عليه السلام رجله ونزل عنها وقال لغلمانه خذوا سرجها وادفعوها اليه فقال والسرج ايضالى فقال عليه السلام كذبت عندنا البينة بانه سرج محمد بن على عليهما السلام واما البغلة فانا اشتريناها منذ قريب وانت اعلم وما قلت - فان السرج كان بيده ومع ذلك قال عندنا البينة - واجاب عن نصوص التفصيل بانها فى مقام بيان الوظيفة الاولية للمدعى والمنكر والافلا مانع من سماع البينة للمنكر ايضا وايضا يمكن ان يقال ان القدر المعلوم عن الخبر انه لايلزم المنكر بالبينة و انما يلزم باليمين لا انه لاتقبل منه البينة .

و لكن يرد على الوجه الاول ماتقدم من انه يجب تقييد هذه النصوص بمادل على التفصيل-واما الثانى فيرده انه يدل على جواز الشهادة مستندة الى اليد وهذا غير مربوط بحجية البينة فى مقام الترافع والخصومة اذ غاية مايمكن ان يقال انه اذا جازت الشهادة لزم جواز القبول و الالغى ذلك-واما الثالث فيرد عليه مضافا الى ذاك انه من الجائز كونه فى مقام بيان استحباب تصديق المدعى للمدعى عليه مع احتمال الصدق لابدونه ولذا سلمه البغلة بلا بينة ولا حلف وامتنع عن تسليم السرج .

واما ما اجاب به عن نصوص التفصيل فيرد عليه ان ظاهر تلك النصوص كونها فى مقام بيان الوظيفة الفعلية و كونها فى مقام بيان الوظيفة من حيث الحكم الوضعى والتوقيف لا فى مقام بيان الحكم التكليفى كى يقال انها تدل على الجواز لا الوجوب- مع

---

(١) الوسائل باب٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم حديث ٢

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب كيفية الحكم حديث١

انه قد عرفت انه لايلزم المدعى بالبينة وان له ترك اقامتها واختيار احلاف الخصم كما ان للمنكر ترك الحلف ورده الى المدعى او النكول فليست النصوص فى مقام بيان انه لا يلزم المنكر بالبينة والمدعى بالحلف - اضف الى ذلك ان لازم ما افاده جواز ان يحلف المدعى ابتداء - و بالجملة لاينبغى التوقف فى انه ليس للمنكر اقامة البينة ولو اقامها لاتسمع - نعم فى غير باب الخصومة لذى اليد اقامة البينة وتكون حجة له كاليد - وعليه فما افاده المصنف ره فى محكى القواعد وتبعه الشهيد من سماع بينة ذى اليد قبل المخاصمة للتسجيل - حسن .

ثم ان مقتضى القاعدة فى تعارض البينتين هو التساقط على المشهور والتخيير على المختار ولا فرق فى ذلك بين وجود ما يوجب اقربية احداهما الى الواقع او اقوائية الظن منها وعدمه .

وما فى ملحقات العروة من ان اعتبار البينة ليس من باب السببية والموضوعية كالاصول العملية بل من حيث الامارية و الطريقية و من باب الظن النوعى فاذا كان احد المتعارضين ارجح و اقرب الى احراز الواقع يجب تقديمه لبناء العقلاء بعد فرض الحجية حتى حال المعارضة مضافا الى فحوى الاخبار الواردة فى علاج الاخبار المتعارضة لعدم الفرق بين البينة والخبر فى كون اعتبار كل منهما من باب الطريقية

فيه مواقع للنظر - اولا - ان ما ذكره من حجية البينة حتى حال المعارضة لايتم على مسلك المشهور المختار عنده من ان مقتضى القاعدة هو التساقط فى تعارض الامارتين فانه ان اراد ثبوت الحجية حتى فى حال التساقط فهو تناقض - وان اراد انها تكون حجة آناما وتسقط - فيرده ان المحذور المترتب على بقائهما على حجيتهما موجود فى ذلك الان فلا يصح البناء عليه - مع ان الحجية انما هى من المجعولات الشرعية فلا يعقل جعلها من دون ترتب اثر عليها ويلزم منه سقوطها - وثانيا ان تمام العلة فى جعل الحجية للبينة ليس هو الظن ولذا تكون حجة وان لم تفد الظن ولايكون الظن الحاصل من غيرها وان كان اقوى من الحاصل منها حجة - واما الاقربية الى الواقع فان اريد بها

اقوائية الظن الحاصل من واجدة المرجح - فيرد عليه ما ذكروا الا فهي غير محرزة - وعلى فرضها الترجيح بها يتوقف على دليل وبناء العقلاء بالنسبة الى الحجية المجعولة شرعا لها غير ثابت - وثالثا ان فحوى الاخبار العلاجية غير قطعية ولذا بنينا على عدم التعدى فى موردها عن المرجحات المنصوصة الى غيرها - فالاظهر هو التساقط مطلقا او التخيير كك على اختلاف المسلكين .

ثم ان هذا كله اذا كان تعارض بين البينتين والا كما لو كان مستند احداهما الاستصحاب ومستند الاخرى العلم - قدمت البينة الثانية لان الاولى لاتكذب الثانية ولا الثانية مكذبة للاولى كما لايخفى .

الاخبار الواردة فى تعارض البينات

واما الموضع الثانى فقد يقال ان الاخبار الواردة فى الباب تدل على خلاف ما تقتضيه القاعدة فى الجملة لاحظ - خبر (١) ابى بصير عن الصادق عليه السلام عن الرجل ياتى القوم فيدعى دارا فى ايديهم ويقيم البينة ويقيم الذى فى يده الدار البينة انه ورثها من ابيه ولا يدرى كيف امرها - فقال عليه السلام اكثرهم بينة يستحلف و يدفع اليه وذكر ان عليا عليه السلام اتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم لم يبيعوا ولم يهبوا و قامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم قال فسألته ح فقلت ارأيت ان كان الذى ادعى الدار قال ان ابى هذا الذى هو فيها اخذها بغير ثمن ولم يقم الذى هو فيها بينة الا انه ورثها عن ابيه قال عليه السلام اذا كان الامر هكذا فهى للذى ادعاها واقام البينة عليها - وخبر (٢) اسحاق بن عمار عنه عليه السلام فى رجلين اختصما عند الامير عليه السلام فى دابة - فان كانت فى يد احدهما واقاما جميعا بينة قال عليه السلام اقضى بها للحالف الذى هو فى يده -

---

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٢

وخبر (١) غياث عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة و كلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى يده وقال لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين وقريب منه خبر (٢) جابر الحاكى لقضاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك - و خبر (٣) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام و كان (اى على عليه السلام) اذا اختصم اليه الخصمان فى جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها فكانا اذا اقاما البينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده هذه هى تمام النصوص الواردة فى المقام الدالة على خلاف القاعدة التى ذكرناها .

واما ساير النصوص التى ذكرها فى ملحقات العروة فهى فى غير الفرض لانها مطلقة قابلة للحمل على صورة التداعى بل هى فى مقام بيان انه ان اقام كل من الذين لهما اقامة البينة تلك يقرع بينهما او تقدم البينة الواجدة للمزية ولا تدل على ان للمنكر ايضا اقامة البينة :

ثم انه يعارضها - خبران احدهما خبر (٤) منصور المتقدم قال عليه السلام حقها للمدعى ولا اقبل من الذى فى يده بينة لان الله تعالى امر ان يطلب البينة من المدعى فان كانت له بينة والا فيمين الذى هو فى يده هكذا امر الله عز وجل - ثانيهما المرسل (٥) عن امير المؤمنين عليه السلام فى البينتين تختلفان فى الشىء الواحد - وان كان فى يد احدهما فالبينة فيه على المدعى واليمين على المدعى عليه - و هذه تقدم على النصوص الاول ان تمت دلالتها لفتوى جمع من فحول العلماء من القدماء وغيرهم وادعى عليه الاجماع

مع انه يمكن الاشكال على الاستدل بها فى انفسها، اما الاخبار الثلاثة الوسطى فمع قطع النظر عن ضعف بعضها - انه ليس فيها الا انه بعد شهادتهما بالنتاج عنده ان قضى لذى اليد بعد الحلف كما فى اثنين منها او مطلقا كما فى الاخر المتعين حمله على المقيد وهذا كما يلائم مع كون الترجيح لبينة الداخل - يلائم مع كون بينة ذى اليد

(١-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣-١٥-١٤

(٢-٥) المستدرك باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث ٥-١

مطروحة لعدم التوظيف ـ وعدم فائدة لبينة الخارج لكونها شهادة على الملك السابق وكونها مرجوحة بالنسبة الى اليد الحالية كما هو المشهور بينهم .

واما خبر ابن سنان فليس فيه ما يظهر منه كون الجارية تحت يد احدهما كما لا يخفى واما صحيح ابى بصير فان كان الاستدلال بذيله فليس فيه تعرض لكون البغلة فى يد احدهما ـ وان كان بصدره فيرد عليه اولا انه لو دل لدل على القول الثامن وعليه فلاعراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه ـ وثانيا ـ ان الظاهر من الدعوى المفروضة فيها كونها على الميت بقرينة قوله ويقيم الذى فى يده الدار البينة انه ورثها من ابيه ولا يدرى كيف امرها اذ لو كانت الدعوى على الحى لما كان وجه لقوله لا يدرى كيف امرها وعلى هذا فالبينة القائمة ودعوى ذى اليد تدلان على عدم امارية اليد وانها يد عمياء معلومة الحال لا تكون حجة على الملكية ـ فيخرج مورده عن محل النزاع ـ فان قيل انه على هذا لزم تقديم بينة الخارج مع الحلف كما افاده فى آخر الحديث ـ قلنا فليكن ذلك اشكالا آخر عليه لانه يصير سببا لحمله على ما استدل به له ـ فالمتحصل انه ليس فى النصوص الخاصة ما يشهد بخلاف ما تقتضيه القاعدة ـ فالقول الاول اظهر .

و بما ذكرناه وان ظهر مدارك ساير الاقوال و ضعفها الا انه لا باس بالاشارة الاجمالية اليها .

فقد استدل للثانى ـ بالاصل ـ والاستصحاب ـ وبان ذا اليد له حجتان اليد والبينة والاخر حجة واحدة فترجحان عليها وبان البينتين تتعارضان وتتساقطان فيبقى العين فى يد ذى اليد بلا بينة للمدعى ـ وببعض الاخبار المطلقة الآتية ـ ولكن الاصل والاستصحاب لا يرجع اليهما مع الدليل ـ وعرفت ان بينة ذى اليد لا تسمع ـ والاخبار المطلقة تقيد بما مر لو سلم اطلاقها .

و استدل للثالث للجزء الاول بما تقدم فى مدرك القول المختار ـ و للجزء الثانى بما تقدم من النصوص المتوهم دلالتها على تقديم بينة الداخل مع ذكر السبب ويرده مضافاً الى ما مر انها فى مورد اشتمال البينتين على السبب فلا ربط لها بمدعاهم

- وما افاده الشهيد الثاني ره من التتميم بالاولوية مردود - بانه فرع قولهم بتقديم بينة الداخل في المسببين حتى يثبت في الفرع بالاولوية وهم غير ملتزمين به في الاصل و لكن الانصاف انه مع قطع النظر عما اوردناه على صدر صحيح ابي بصير دلالته على هذا القول ظاهرة لو الغي خصوصية السبب و هو الارث - الا انه لادليل عليه

واستدل للرابع - باخبار اسحاق - وجابر - وغياث - وقدمر مافيه .

واستدل للقول الخامس للجزء الاول منه بمامر - وللجزء الثاني ببعض النصوص الدال باطلاقه على تقديم الاكثر والاعدل - ويرده ماتقدم من انه اما في غير المورد اويقيد اطلاقه بماتقدم .

و استدل للقول السادس بصحيح ابي بصير المتقدم مع جوابه .

كما انه استدل به للثامن وظهر جوابه ايضامما قدمناه.

واما السابع - فلم اظفر بدليله

واما التاسع فقد استدل له بالنصوص الكثيرة الاتية - ولكنها مطلقة يقيد اطلاقها بماقدمناه من الاخبار الدالة على القول الاول .

حكم تعارض البينتين في صورة كون العين في ايديهما

(٢) **(ولو تشبثا)** اي كان المال المدعى به في يدهما واقام كل واحد منهما بينة على الجميع **(قضى به لكل بما في يد صاحبه فيكون بينهما بالسوية)** بلاخلاف في اصل الحكم اجمالا - وانما الخلاف في موارد .

منها اطلاق الحكم بالتنصيف فان المحكي عن جماعة من القدماء و بعض المتاخرين انه يحكم به مع تساوي البينتين في الامور المرجحة من الاكثرية والاعدلية وذكر السبب والافيقدم قول من بينته ارجح - ثم انهم اختلفوا في المرجح - فبعضهم اعتبر الاعدلية خاصة - و الاخر الاكثرية كك - وثالث الاعدلية ثم الاكثرية - و رابع الاعدلية اوالاكثرية - وخامس اعتبر المرجح بلابيان له .

ومنها ـ لزوم اليمين وعدمه فان المشهور كما قيل عدم اعتبار اليمين ـ وعن جماعة اعتبارها .

ومنها ـ سبب الحكم المذكور وانه هل هو تساقط البينتين فيكون كما لا بينة فيه او ان لكل واحدة منهما مرجح باليد على النصف فيبنى على ترجيح بينة الداخل او ترجيح بينة الخارج ويظهر الثمرة في ثبوت اليمين كما لا يخفى والكلام تارة في ما يقتضيه القاعدة واخرى في مقتضى النصوص الخاصة .

اما الاول فبناء على ما قدمناه من ان المال اذا كان في يد المتخاصمين تكون يد كل منهما امارة على كونه مالكا للنصف تقبل بينة كل منهما بالنسبة الى النصف فانها بالاضافة الى النصف الذي يكون ملكا له بحكم اليد لا تكون ميزانا وحجة في باب الخصومة و النزاع فتختص حجيتها بالاضافة الى ما في يد الاخر فيثبت بكل من البينتين مالكية من اقامها لما في يد صاحبه ـ والى ذلك اشار المصنف ره حيث قال قضى به لكل بما في يد صاحبه ـ فان قيل ان اعمال البينتين انما هو العمل بتمام مقتضاهما ولما لم يمكن ذلك في المتعارضتين فتكونان عن مدلول العمومات خارجتين ـ قلنا ان عدم العمل بمقتضاهما ان كان من جهة اقتران بعض المورد بمانع وقصوره لا من جهة النقص في البينة كما في المقام لا تكون البينة خارجة عن مدلول العمومات ـ ويترتب على ما ذكرناه عدم اعتبار الحلف فان السبب في الحكم بالملكية هو البينة ومعها لا حاجة الى الحلف .

واما الثاني فما يمكن الاستدلال به أو استدل به نصوص ـ منها مرسل (١) ابن المغيرة عن غير واحد من اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي و قال الاخر هما بيني و بينك فقال عليه السلام اما الذي قال هما بيني وبينك فقد اقر بان احد الدرهمين ليس له وانه لصاحبه ويقسم الاخر بينهما

(١) الوسائل باب ٩ من كتاب الصلح حديث ١

وخبر(١) السكونى عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام فى رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما قال عليه السلام يعطى صاحب الدينارين دينارا ويقسم الاخر بينهما نصفين ـ استدل بهما المحقق النراقى قده فى المستند للقول بالتنصيف فى المقام بدعوى انهما بترك الاستفصال عن اقامة البينة و عدمها يدلان عليه (و فيه) انهما فى مقام بيان حكم القضية من حيث هى لامع اقامة كل منهما البينة كماهوواضح

ومنها خبر(٢) غياث بن ابراهيم عن ابى عبدالله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام اختصم اليه رجلان فى دابة و كلاهما اقاما البينة انه انتجها فقضى بها للذى فى يده وقال لولم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين ـ واستدل به النراقى ايضا للقول بالتنصيف بدعوى انه اعم من ان يكون فى يدهما (وفيه) انعدم كون العين فى يده غير كونها فى يدهما كمالايخفى.

ومنها خبر(٣) تميم بن طرفة ان رجلين عرفا (ادعيا) بعيرا فاقام كل واحد منهما بينة فجعله امير المؤمنين عليه السلام بينهما(ولكنه)ليس فيه اشارة الى كون المال فى يدهما بل غايته الاطلاق فيختص بغير هذا المورد لمامر ويأتى.

و منها خبر (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام ان رجلين اختصما الى امير المؤمنين عليه السلام فى دابة فى ايديهما واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده فاحلفهما على عليه السلام فحلف احدهما وابى الاخر ان يحلف فقضى بها للحالف ـ ومقتضى هذه الرواية عدم كون كل من البينتين فى المقام حجة وميزانا وانما الميزان هو الحلف ـ وعليه فهى مخالفة لفتوى الاصحاب فتسقط بالاعراض عن الحجية.

ومنها المرسل (٥) المتقدم عن امير المؤمنين عليه السلام فى البينتين تختلفان فى الشيء الواحد يدعيه الرجلان ـ فاما اذا كان فى ايديهما فهو فيما بينهما نصفان ـ وهو

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب الصلح حديث١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٣-٤-٢

(٥) المستدرك باب ١٠ من ابواب كيفية الحكم حديث١

موافق للقاعدة ولفتوى المشهور ولذلك قال المحقق العراقى ره انه ينجبر ضعفه بالعمل فالمتحصل مما ذكرناه عدم اعتبار اليمين وان السبب فى الحكم بالتنصيف هو بينة الخارج كما هو المشهور بينهم وصرح به الاساطين.

تعارض البينتين فى صورة التداعى

٣-(ولو كان المال المتنازع فيه فى يد ثالث) فالمشهور بينهم خصوصا المتاخرين بل عليه عامتهم كما فى الرياض انه **(قضى بالاعدل)** اى بارجح البينتين عدالة **(فالاكثر)** منهما شهودا ان تساويا فى العدالة **(وان تساويا)** عدالة و كثرة **(اقرع)** بينهما **(فيحلف من تخرج القرعة)** فيقضى له بتمام المدعى به **(فان امتنع)** عن الحلف **(احلف الاخر)** وقضى له بتمامه **(فان امتنعا)** معا عن الحلف **(قسم)** المدعى به **(بينهما)** وعن الغنية الاجماع عليه - وفى المقام اقوال اخر ستقف عليها.

واما النصوص فهى مختلفة منها ما يدل على الترجيح بالاكثرية كصحيح (١) ابى عبدالله عليه السلام فى حديث ان عليا عليه السلام اتاه قوم يختصمون فى بغلة فقامت البينة لهؤلاء انهم انتجوها على مذودهم ولم يهبو (وقامت البينة لهؤلاء بمثل ذلك) فقضى عليه السلام بها لاكثرهم بينة واستحلفهم - و خبر عبدالرحمان بن ابى عبدالله - وموثق سماعة الاتيين .

و منها مايدل على الترجيح بالاعدلية - كخبر (٢) البصرى عن ابى عبدالله عليه السلام قال كان على عليه السلام اذا اتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء وعددهم اقرع بينهم على ايهما تصير اليمين و كان يقول اللهم رب السموات السبع (ورب الارضين السبع) ايهم كان له الحق فاده اليه ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين اذا حلف - فان ذكر الاعدلية مع الاكثرية يقتضى كونهامثلها فى الترجيح المستفاد من دليله بالخصوص والا لم يكن ثمرة لذكرها معها بعد فرض معلومية

(١-٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب كيفية الحكم حديث ١-٥

كونها بمجردها مرجحة كما دل عليه صحيح ابى بصير.

ومنها مايدل على الترجيح بالقرعة ـ كخبر البصرى المتقدم وموثق (١) سماعة ان رجلين اختصما الى على عليه السلام فى دابة فزعم كل واحد منهما انها نتجت على مذوده واقام كل واحد منهما بينة سواء فى العدد فاقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد منهما بعلامة ثم قال اللهم رب السماوات السبع ورب الارضين السبع ورب العرش العظيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ايهما كان صاحب الدابة وهو اولى بها فاسألك ان يقرع ويخرج سهمه فخرج سهم احدهما فقضى له بها ـ وصحيح (٢) داود بن سرحان عن ابى عبدالله عليه السلام فى شاهدين شهدا على امر واحد وجاء آخران فشهدا على غير الذى شهد الاولان عليه واختلفوا قال عليه السلام يقرع بينهم فايهم قرع عليه اليمين وهو اولى بالقضاء ونحوها غيرها.

و الجمع بين النصوص يقتضى البناء على تاخر القرعة عن الاكثرية و ذلك لاختصاص جميع النصوص الدالة على القرعة بصورة التساوى فى العدد ـ وتاخرها عن الاعدلية ـ لتاخر الاكثرية عنها ولخبر البصرى. واما تاخر الاكثرية عن الاعدلية فليس له دليل من النصوص الا ان الشهرة المعتضدة بدعوى الاجماع مكررا على تاخرها عنها توجب البناء على ذلك ـ وان شئت قلت ان مقتضى دليل الترجيح بالاكثرية الرجوع اليها ولو مع الاعدلية فى الجانب الاخر ـ وكذا مقتضى اطلاق دليل الترجيح بالاعدلية ـ فيقع التعارض بينهما فيما لو كانت البينتان مختلفتين بالاعدلية فى واحدة والاكثرية فى الاخرى بالعموم من وجه ـ فيرجع الى المرجحات فيقدم دليل الترجيح بالاعدلية لفتوى الاصحاب التى هى اول المرجحات لتقديم احد الخبرين المتعارضين على الاخر. فتحصل ان مقتضى الجمع بين النصوص ماذكره المشهور من تقديم الاعدل ثم الاكثر ـ ومع التساوى فيهما فالقرعة.

واما ما افادوه من لزوم الحلف على من خرجت القرعة باسمه ـ فيشهد له خبر

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٢-٦

البصرى وصحيح داود بن سرحان المتقدمان ونحوهما غيرهما .

ثم ان الظاهر من اقتصار المصنف ره وغيره على توجه اليمين الى من خرجت القرعة باسمه انه لا يمين على صاحب البينة المرجحة بغير القرعة من الاعدلية و الاكثرية ـ و لكن فى الجواهر ان الظاهر كون تركه اعتمادا على ماذكروه فى القرعة التى هى احدى المرجحات للبينة ـ وكيف كان فصحيح ابى بصير يشهد بثبوت اليمين فى الاكثرية ـ وبعدم القول بالفصل يثبت فى الاعدلية ايضا .

و يمكن ان يقال ان بعض نصوص القرعة يتضمن اقراعه عليه السلام على من تصير اليمين منهما كخبر البصرى وهذا كاشف عن ثبوت اليمين على احدهما فى صورة تعارض البينتين مطلقا و قد اخرجه الامام عليه السلام بالقرعة ـ وعلى اى حال لامجال للتشكيك فيه .

واما ماذكروه من انه ان امتنع عن الحلف حلف الاخر ـ فيشهد به انه يدل النصوص الدالة على حلف من خرج القرعة باسمه انه لاحق له بدون الحلف وهو صريح خبر البصرى وحيث ان المفروض انحصاره فيهما فيثبت للاخر واحتمال ثبوته له من دون يمين مناف لقوله صلى الله عليه وآله (١) انما اقضى بينكم بالبينات والايمان ـ اضف الى ذلك ان ثبوته فيمن اخرجته القرعة يقتضى اولويته بذلك ـ و قيل بل لعل اقراع الامام عليه السلام لاستخراج من يصير اليمين عليه يراد منه الاعم من الصيرورة ولو بالاخرة بل لعل اجماله بقوله ثم يجعل الخ اشارة الى ذلك ـ واما التنصيف بينهما على تقدير النكول ـ فيمكن ان يستدل له بعموم مادل (٢) على ثبوت الحق للخصم فى صورة النكول فانه يقتضى بنكول الاول كون المال تمامه للاخر و كك بنكول الثانى فمقتضى قاعدة العدل والانصاف ذلك ـ ويمكن الاستدلال بهذه القاعدة ابتداء بدعوى ان البينتين متعارضتان والمال مال ادعياه ولايكون خارجا عنهما ولاحجة لاحدهما بالخصوص فمقتضى القاعدة المزبورة

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كيفية الحكم

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب كيفية الحكم

التنصيف بل على هذا التقريب يمكن الاستدلال للتنصيف ح بمادل في مسألة ما لو تنازعا فيما لا يد لاحدهما عليه ولا بينة على التنصيف المتقدم. فالمتحصل مماذكرناه ان استفادة جميع ماذكره المشهور من الاخبار ظاهرة لا اشكال فيها.

فما في المسالك من ان الحكم في هذا القسم لا يخلو عن اشكال لاختلاف الاخبار على وجه يعسر الجمع بينها وضعف ماذكروه من طريق الجمع وضعف سندا كثرها وعدم عمل الاصحاب بما اعتبر اسناده مقتصرين عليه ولاجل ماذكرناه اقتصر الشهيد في الدروس على مجرد نقل الاقوال من غير ترجيح لاحدها انتهى - غير تام.

واما ساير الاقوال - من تقديم الاكثرية على الاعدلية كما عن الحلى - والاقتصار على الاولى كما عن الاسكافي والاردبيلي. و على الثانية كما عن المفيد - والرجوع اليهما من غير ذكر الترتيب كما عن سلار - والاقتصار على القرعة كما عن العماني - والقرعة ان شهدتا بالملك المطلق من الجانبين و بالقسمة نصفين ان كانتا مقيدتين بذكر السبب و القضاء بالمقيد ان كانتا مختلفتين كما عن المبسوط فقد ظهر ما يمكن ان يستدل به لكل واحد منها مع الجواب عنه فلا حاجة الى التكرار ولا فائدة فيه.

ثم ان الاكثر لم يتعرضوا لحكم تصديق الثالث الذي بيده العين لاحد المتداعيين هنا كما ذكروه في صورة عدم البينة فعن التحرير توجيهه بان البينتين متطابقتان على عدم ملكية الثالث فلا يكون اقرارا لانه انما يكون في ملك الشخص واقعا اوظاهرا اومع البينتين لا يكون كك - وفيه بعد النقض بالاقرار في صورة عدم البينة مع عدم كونها ملكا له اما للعلم به من الخارج او الثابت بالاقرار - ان مدرك ثبوت الحق للمقر به باقرار ذي اليد ليس قاعدة اقرار العقلاء على انفسهم جائز فانها لا تدل على ازيد من نفي الملكية عن نفسه - بل امور اخر تقدمت في تلك المسألة وهي جارية في المقام وعن القواعد انه كاليد وعليه فترجع الى الصورة الاولى من بينة الداخل او الخارج اذا صدق احدهما - اقول الظاهر ان عدم ذكرهم له من جهة اطلاق الاخبار الخاصة كماذكره بعض.

تنبيهات

ثم انه ينبغي التنبيه على امور - الاول - ان هناك فرعا آخرلم يتعرض له المصنف وهومالولم تكن العين في يداحد فالظاهر انه من جهة ان حكمه حكم مالو كانت في يدثالث كما صرح به غير واحد - لاطلاق اكثر الاخبار لولاجميعها ولذلك لاتتعرض لمدرك الحكم فيه والايلزم التكرار بلاجهة.

الثاني ان عنوان المسألة في كلمات الاصحاب تعارض البينتين في النزاع في الاعيان -فهل الحكم في غيرها كما لوتنازعا في دين خاص من جميع الجهات اوفي منفعة ملك اوفي حق من الحقوق او في نكاح اوطلاق وماشا كل هوذلك -ام له حكم آخر كما في المستند- الظاهر هوالاول فان اكثر الاخبار وان كانت في الاعيان- الاان جملة منها مطلقة كصحيح داود(١) وصحيح الحلبي(٢) وبعضها في الدين كخبر(٣) زرارة -وبعضها في الزوجية كخبر داود (٤) العطار - و عليه فالجمع بين النصوص يقتضي البناء على ان ذكر الاعيان في اكثر الاخبار من باب المثالية- فلذلك ولاطلاق الصحيحين يثبت الحكم في جميع موارد التنازع ولامنافاة بين المطلق والمقيد كي يحمل عليه.

حكم تعارض البينتين فيمالا يمكن التنصيف

الثالث- في المواضع التي حكمنا فيها بالتنصيف كما اذالم يحلف من خرجت القرعة باسمه و لم يحلف الاخر ايضاً - اذا كان المورد مما لا يمكن فيه التنصيف كالنزاع في زوجية امراة فاللازم الرجوع الى القواعد والاصول والاخر -ففي المسالك والمستند انه يحكم بانه لمن اخرجته القرعة بلاحاجة الى الحلف بعدها.

واستدل له في المسالك بانه لافائدة في الاحلاف بعد القرعة لان فائدته القضاء

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٦-١١-٧-٨

للاخر مع نكوله وهومنفى هنا (وفيه) منع عدم الفائدة فى الاحلاف لما عرفت من ان مقتضى الجمع بين الادلة انه لوحلف من اخرجته القرعة ثبت الحق والا فيحلف الاخر ويثبت له الحق فهذه فائدة مهمة.

واستدل له في المستند باطلاق مرسل (١) داود العطار عن الصادق عليه السلام فى رجل كانت له امرأة فجاء رجل بشهود ان هذه المرئة امرأة فلان وجاء آخر ان فشهدا انها امرأة فلان فاعتدل الشهود وعدلوا فقال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق وهو اولى بها- قال ولا يرد ان مقتضى رواية البصرى وداود بن سرحان وصحيحة الحلبى الاحلاف فانها عامة والمرسلة خاصة بالزوجية فتخصص بها- فان لوحظت جهة عموم للمرسلة ايضاً لدلالتها على الاولوية مطلقا سواء كان بعد الحلف او قبله فيتساقطان ويبقى حكم القرعة بلامعارض (وفيه) انه قد عرفت ان الجمع بين النصوص يقتضى الغاء خصوصيات الامثلة المذكورة فيها وان ما فيها من الموارد الخاصة من قبيل المثال - وعليه فالجمع بين المرسل وساير النصوص يقتضى تقييد اطلاقه بما بعد الحلف.

وقد يقال انه بعد سقوط البينتين بالنكول منهما ان لم تصدق المرئة احدهما يخلى سبيلها (وفيه) اولا انه ربما يعلم بزوجيتها لاحدهما- وثانياً ان المختار فى تعارض البينتين كتعارض ساير الامارات هو التخيير ففى المقام انما اعتبر الترجيح ثم الحلف فمع عدمهما- مقتضى الاصل هو التخيير - وحيث انه لا يصح فى المقام لانه لو حكم بالتخيير يختار كل منهما بينته فيعود النزاع فلا يحكم به و لكن فى الحكم بنفى الثالث وثبوت احدى الزوجيتين لامحذور فى الاعتماد على احدى البينتين بنحو التخيير وعلى ذلك فيتعين الرجوع الى قرعة اخرى وتعيين الزوج بها لانها لكل امر مشكل ولا يكتفى بالقرعة الاولى التى هى لتعيين من عليه اليمين فان هذه لتعيين من هى زوجته بلا احتياج الى حلف بعدها - نعم - ان صدقت المرئة احدهما يحكم بانها زوجته

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ٨

لان المفروض سقوط البينتين فيكون الامر بيدها لما دل من النصوص (١) على انها مصدقة على نفسها - و لا يتوهم ان مقتضى ذلك هو تصديق المرئة لاحد المتنازعين قبل القرعة والاحلاف كما عن المحقق الاردبيلى ره الالتزام بذلك - فانه يردعليه انه لااعتبار بتصديقها بعدوجود البينتين وهذا بخلاف ما اذا تساقطتا.

الرابع-فى خبر اسحاق(٢) تحليف الطرفين معا- حيث قال وان حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين- وفى خبر (٣) السكونى فقضى لصاحب الخمسة خمسة اسهم و لصاحب الشاهدين سهمين- وحيث انهلم يعمل الاصحاب بشىء منهما الاعن ابى على- وهما منافيان لساير الاخبار-اما الاول فلان النصوص دلت على انه ان حلف من قدمت بينته بالمرجح اوالقرعة قضى له وان حلف الاخر- واما الثانى فلدلالة الاخبار على الترجيح بالاكثرية فيتعين طرحهما و ربما يحمل خبر السكونى على ارادة سهام القرعةلفائدة الاقربية الى الخروج - وهومضافا على كونه خلاف الظاهر لاعامل به الامايحكى عن ابى على .

تعارض البينتين المختلفتين فى التاريخ

الخامس - اذ اشهدت احدى البينتين بالملك فى الحال و اخرى بالملك منذسنة أو شهدت احداهما بالملك منذسنة و اخرى بالملك منذسنتين فالمشهور بين الاصحاب تقديم السابق والاسبق فمن المرجحات لاحدى البينتين المتعارضتين السبق فى الزمان - و ذكروا فى وجهه ان البينتين تتعارضتان فى الوقت المشترك و تتساقطان و تبقى الاخرى فى الزيادة بلامعارض ومقتضى الاستصحاب بقائه - وان السبق رجحان فى نظر العرف فيرجح به بينة الاسبق - وان صحيح (٤) ابن سنان

---

(١)الوسائل باب٢٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(٢-٣)الوسائل باب١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث٢-١٠

(٤) الوسائل باب١٢ من ابواب كيفية الحكم حديث ١٥

المتقدم يدل عليه حكى الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام انه كان اذا اختصم اليه الخصمان فى جارية فزعم احدهما انه اشتراها وزعم الاخر انه انتجها فكانا اقاما البينة جميعا قضى بها للذى انتجت عنده .

اقول بعد التنبية على امر وهو ان محل كلامهم ما اذا شهدت كل منهما بالملك فى الحال والا فان شهدت احداهما بالملك فى السابق فقط والاخرى بالملك فى الحال فلا ينبغى التوقف فى تقديم الثانية لعدم المعارضة بينهما و عدم صلاحية الاستصحاب لمعارضة البينة من الواضحات ـ ان شهادة من يشهد بـالملك فى السابق و بقـاء تلك الملكية ان كانت فى بقائها مستندة الى الاستصحاب ان جوزنا الشهادة مستندة اليه (وسياتى الكلام فى المبنى فى كتاب الشهادات) تقدم بينة من يشهد بالملك فى الحال لتقدم بينته على مدرك تلك الشهادة و توجب العلم التعبدى بعدم بقاء الحالة السابقة ومعه لامجال لحجيتها فانه ح كما لو علم بعدم مطابقة البينة للواقع فانه لاشبهة فى سقوطها عن الحجية بناء على ماهو الحق من كون حجيتها من باب الطريقية لا الموضوعية والسببية ـ وان كانت كل منهما مستندة الى العلم اوما بحكمه ـ فان قلنا بان الاصل فى تعارض البينتين هو التخيير وان لم يمكن العمل بهذا الاصل فى موارد التنازع لامجال للبناء على الترجيح بالسبق ـ فان الاستصحاب لايجرى مع وجود البينة كان موافقا لها اومخالفا و كون السبق مرجحا عند العرف ممنوع ـ وخبر ابن سنان لاظهور له فى كون منشأ التقديم السبق ولعله يكون من جهة اخرى ولذا لم يستدل به الاصحاب للترجيح به ـ وان قلنا بان الاصل فى تعارضهما التساقط ـ فما ذكروه من الرجوع الى الاستصحاب تام فى غير ما اذا كانت العين بيد الاخر فان يده ح حجة على الملك وهى تقدم على الاستصحاب كما افاده الشهيد الثانى هذا ما يقتضيه القاعدة ـ واما مقتضى النصوص الخاصة الواردة فى الصور المتقدمة فهو ما تقدم فيها لشمولها لهذا المورد .

معارضة البينةمع شاهدويمين

السادس لاخلاف بين الاصحاب ظاهرا فى انه كما تتحقق المعارضة بين شاهدين ومثلهما ـ كذلك تتحقق بين شاهدين وشاهد وامرأتين ـ و المشهور بينهم عدم تحققها بين الشاهدين اوشاهد وامرأتين وبين شاهد واحد ويمين ـ والاصل فيه ماذكره الشيخ ره فى المبسوط فى فصل الدعاوى و البينات ـ وكيف كان فقد استدل له بوجوه (١) ضعف الشاهد واليمين من جهة وقوع الخلاف فى كونهما مثبتا ومن جهة ان الحالف يصدق نفسه بخلاف الشاهدين فانهما يصدقان غيرهما ذكره الشيخ ره فى المبسوط (٢) ماافاده المحقق الاردبيلى ره وهو ان الشاهد واليمين ليسا بحجة مستقلة فى جميع الاحكام بل الشاهد حجة مع انضمام يمين المدعى فى بعض الاحكام مع تعذر الشاهدين (٣) ماافاده صاحب الجواهر والسيد فى ملحقات العروة ـ وهو عدم صدق البينة على شاهد ويمين (ولكن) الوجه الاول اعتبارى لايصلح مدركا للحكم الشرعى و يرد على الوجه الثانى ان الكلام فى الاحكام التى يكون الشاهد واليمين حجة فيها ـ واما الثالث فلم افهم المراد منه اذ التعارض لايتوقف على صدق البينة بل مقتضى اطلاق دليل كل منهما حجيته فى المورد فيتعارضان ـ نعم ان اراد بذلك ان الاحكام الخاصة المترتبة على تعارض البينتين لاتترتب على تعارضهما كان تاما ـ ولكن ذلك غير عدم التعارض بينهما.

والحق ان يقال ان المال ان كان بيد احدهما فما كان منهما من جانب خارج اليد كان هو الشاهدان او الشاهد واليمين ـ يقدم اذ لا بينة على المنكر ـ وان كان بيدهما كان كل منهما حجة ومقدما بالنسبة الى النصف الذى يكون بيد الاخر ـ وفى هذين الفرضين لايعتبر الحلف ـ و ان كان بيد ثالث فان اقر هو لاحدهما كان هو منكرا فيقدم ماقام على مالكية الطرف الاخر ـ و الا فيتعارض الحجتان و تتساقطان لعدم امكان البناء على التخيير وح فيرجع الى مايقتضيه قاعدة العدل و الانصاف من التنصيف ـ و مع الاغماض عنها فالى القرعة و على التقديرين لايعتبر الحلف ـ

اللهم الا ان يرجع الى القرعة لتعيين المدعى والمنكروح فعلى من اخرجته القرعة اليمين .

ثم انه قداشتهر بين المتاخرين ومتاخرى المتاخرين التعرض لجملة من مسائل الاختلاف في العقود و حيث ان كل واحدة من تلكم المسائل مذكورة في الكتاب المناسب لها من النكاح والاجارة والارث وماشا كل ـ ولاارى كثير فائدة في اعادتها فصرف الوقت في المسائل الاخر اولى كماانهم قد تعرضوا لفروع اخرمتفرعة على القواعد العامة المتقدمة ولاارى حاجة الى التعرض لها .

ثم ان المذكور في كتب اكثر الاصحاب بيان احكام القسمة ـ مع انها بكتاب الشركة انسب ولذاتعرضنالها تبعا للمصنف ره في ذلك الكتاب فلانعيدها ـ وقد تعرضوا عند بيان احكامهاهنا لاستحباب كماعن الاكثر ـ اووجوب كما عن القواعد ـ ان يتخذ الامام عليه السلام قاسما و كان الاولى عدم التعرض لذلك ـ نعم ـ ماعن بعضهم من استحبابه للحاكم مطلقالاباس بالبحث فيه والاظهرعدمه لعدم الدليل عليه،

الشهادات

جمع شهادة ـ وهى لغة الحضور ـ ومنه قوله تعالى(١) «ومن شهد منكم الشهر فليصمه» اوالعلم الذى عبرعنه في المسالك بالاخبارعن اليقين ومنه قوله تعالى (٢) «نشهدانك لرسول الله» وقوله (٣) سبحانه «وماشهدنا الابماعلمنا».

وفي المسالك وشرعا اخبار جازم عن حق لازم لغيره واقع من غيرحا كم وبالقيد الاخير يخرج اخبار الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلام واخبارالحاكم حاكما آخرفان ذلك لايسمى شهادة انتهى (وفيه) ان الظاهرعدم ثبوت حقيقة شرعية لها لعدم الدليل عليها ولاالمتشرعية سيما وان المشهودفي كلام الحجج استعمال لفظ الشهود

(١) البقرة آية ١٨٥ (٢) المنافقون آية٢

(٣) يوسف آية ٨٢

والشهادة وما يسيق منهما في غير هذا المعنى - وعليه فاللازم حمل الشهاده الواقعة في الايات والنصوص على ماهو المتفاهم منها عرفا ولا يهمنا البحث في تعيين مفهومها بحسب المتفاهم العرفي سعة وضيقا بعد وضوح الحكم من الادلة في الموارد الخاصة من حيث اعتبار التعدد وعدم جواز الاخبار الاعن علم وماشا كل فلامورد لاطالة الكلام في النقض والابرام الواردين على التعاريف التي ذكروها والاصل فيها الاجماع والكتاب والسنة وستمر عليك .

البلوغ من شرائط الشاهد

(الفصل الخامس في صفات الشاهد وهي ستة) الاول **(البلوغ)** فلا تقبل شهادة غير البالغ بلا خلاف فيه في الجملة - وفي الجواهر اجماعا بقسميه - وتنقيح القول فيه في طي مسائل .

الاولى - ان مقتضى عمومات الكتاب وطائفة من النصوص قبول شهادة الصبي ايضا لاحظ - قوله تعالى (١) «فاستشهدوا عليهن اربعة منكم» اللهم الاان يقال ان المراد من ضمير الجمع هو المراد من الضمير في نسائكم وفي امسكوهن وهو الرجال قطعا - ويؤيده الاية الاخرى وهي (٢) قوله تعالى «واستشهدوا شهيدين من رجالكم «وقوله (٣) سبحانه « ثم لم ياتوا باربعة شهداء» اللهم الاان يقال ان هذه الاية في مقام بيان وجوب جلد من رمى المحصنة ولم يقم الشهود على مارمى وليست في مقام بيان من يقبل شهادته كي يتمسك باطلاقه لقبول شهادة الصبي - وبذلك يتطرق الاشكال في النصوص التي استدل بها على قبول شهادته مثل - ماورد (٤) في حد الرجم ان يشهد اربع انهم راوه يدخل ويخرج - و مادل (٥) على جواز شهادة الولد لوالده والاخ

---

(١) النساء آية ١٥ (٢) البقرة آية ٢٨٢

(٣) النور آية ٤

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٥) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات

لاخيه وماشا كل - وعليه فمقتضى القاعدة الاولية عدم قبول شهادته وعدم نفوذه وعدم ترتب الاثر عليه كمافى ساير الشهادات .

ولكن ذلك بالنسبة الى ماتضمن من الايات والروايات على لفظ الشهادة - واما مادل على حجية خبر الواحد بناء على ماحققناه من حجيته فى الموضوعات فبعض تلك الادلة باطلاقه يشمل الصبى المميز.

وكيف كان فيشهد لعدم قبول شهادته جملة من النصوص كصحيح (١) محمد ابن مسلم عن احدهما عليهما السلام فى الصبى يشهد على الشهادة فقال عليه السلام ان عقله حين يدرك انه حق جازت شهادته - وقوى (٢) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام ان شهادة الصبيان اذا أشهدوهم صغارا جازت اذا كبروا مالم ينسوها - و نحوه خبر (٣) اسماعيل بن ابى زياد المروى عن من اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه - دلت هذه النصوص بمقتضى مفهوم الشرط على عدم قبول شهادته فى حال الصغر - وصحيح (٤) جميل قلت لابى عبدالله عليه السلام تجوز شهادة الصبيان قال عليه السلام نعم فى القتل يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثانى منه - فان الجواب عن الخاص بعد السؤال عن العام بمنزلة التفصيل القاطع للشركة - وخبر (٥) محمد بن حمران عنه عليه السلام عن شهادة الصبى فقال عليه السلام لا الا فى القتل يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثانى وموثق (٦) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لم تجز شهادة الصبى ولا خصم ولا متهم ولا ظنين - وموثقه (٧) الاخر عنه عليه السلام قال رد رسول الله صلى الله عليه وآله شهادة السائل الذى يسأل فى كفه قال ابو جعفر عليه السلام لانه لا يؤمن على الشهادة دل بعموم العلة على عدم قبول شهادة الصبى الى غير تلكم من النصوص - اضف اليها ان الماخوذ فى من يقبل شهادته عناوين لا تصدق على

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢١ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٤

(٤-٥) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-

(٦) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٧) الوسائل باب ٣٥ من كتاب الشهادات حديث ٢

الصبى - كالعدالة - وكونه مرضيا - غير متهم وماشاكل .

وبازاء جميع ذلك خبر (١) اسماعيل بن جعفر فاذا كان للغلام عشر سنين جاز امره وجازت شهادته - وخبر (٢) طلحة بن زيد عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن آبائه عن على عليه السلام شهادة الصبيان جائزة بينهم مالم يتفرقوا اويرجعوا الى اهليهم - ولكن الاول مقطوع غير مسند الى الامام عليه السلام وظاهره كونه فتوى اسماعيل نفسه ولذا قال فى الوسائل قول اسماعيل ليس بحجة - واما الثانى فمضافا الى ان طلحة عامى انه مختص بشهادتهم بينهم مالم يتفرقوا - مع انه شاذ ساقط عن الحجية - اضف الى ذلك انه لوسلم دلالته وحجيته فالنسبة بينه وبين مادل على عدم قبول شهادة الصبى فى غير القتل عموم من وجه فيقدم تلكم النصوص لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات .

فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من النصوص الكثيرة عدم حجية قول الصبى وعدم قبول شهادته وبها يقيد اطلاق الايات والروايات الدالة على قبولها منه باطلاقها لوسلم وجودها - فالاصل فى الصبى عدم قبول شهادته.

الثانية لاخلاف ولااشكال فى ان شهادة الصبى غير المميز لاتسمع ولاتكون حجة والادلة المتقدمة بضميمة الاجماع شاهدة به.

الثالثة الصبى المميز ان كان بالغا عشراً - فالمشهور بين الاصحاب قبول شهادته فى الجنايات فى الجملة وفى غيرها عدم القبول - والمميز غير البالغ عشرا لاخلاف بينهم فى عدم قبول شهادته فى غير الجنايات والمشهور بينهم ذلك فيها ايضاً - وعن جماعة القبول فيها.

اما عدم قبول شهادة المميز فى غير الجنايات فيشهد به الادلة المتقدمة - ونسب جماعة الى قائل بقبولها منه فى غيرها ايضا وقد صرح عميد الرؤساء بعدم الظفر به - وعلى اى حال فهو مردود بما مر -

و اما قبولها منه اذا بلغ عشرا فى الجنايات فقد تكرر دعوى الاجماع عليه

(١-٢) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ٣-٦

ويشهد به- صحيح جميل وخبر محمدبن حمران المتقدمان -وصحيح(١) جميل ايضا عن الصادق عليه السلام عن الصبی تجوز شهادته فی القتل قال عليه السلام يؤخذ باول كلامه ولا يؤخذ بالثاني - وهذه النصوص كما تراها مختصة بالقتل- واما الجراح غير البالغ حد القتل فان ثبت اجماع على القبول فيه-والا فما افاده فخر المحققين من انه لاتقبل منه هو الصحيح - و من الغريب تخصيص الشهيد فی محكی الدروس قبول الشهادة بالجراح غير البالغ النفس ويمكن توجيهه بطرحه الاخبار والاخذ بالاجماع.

واماقبولها منه اذا لم يبلغ عشرا فقد نسب الى الاسكافی والخلاف وظاهر السيد فی الانتصار وابن زهرة فی الغنية و قواه فی المستند - و يشهد به اطلاق النصوص المتقدمة- ولكن عدم افتاء جل الاصحاب بذلك ومن افتی به فقد ذكر قبولها منه فی الشجاج والجراح لافی القتل يكون كاشفا عن وجود حجة عليه- فتردد جماعة من متاخری المتاخرين فيه فی محله-واماما اشتهر(٢) عن امير المؤمنين عليه السلام فی حكم ستة غلمان غرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم على اثنين انهما غرقاه واثنان على الثلاثة انهم غرقوه فقضى علی عليه السلام بالدية اخماساً ثلاثة اخماس على الاثنين - و خمسين على الثلاثة - الذی استدل به بعضهم فهو قضية فی واقعة - مع ان استعمال الغلام فی البالغ شايع.

ثم انه فی مورد قبولهامنه صرح جماعة منهم الشيخ فی محكی الخلاف والمحقق فی الشرايع والمصنف فی جملة من كتبه - بانه يشترط فيه عدم تفرقهم اذا كانوا مجتمعين حذراًان يلقنوا - واستدل له بمفهوم خبر طلحة- ولكنه كما مر مختص بشهادتهم بينهم - و عليه فلا دليل على اعتباره الا الاجماع ان ثبت - و اولى بعدم الاعتبار ماصرح باعتباره من شرطين آخرين فی المتن وسيجیء الكلام فيهما.

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات

من شرائط قبول الشهادة كون الشاهد عاقلا

(و) الثاني (**كمال العقل**) فلاتقبل شهادة المجنون اجماعاً بقسميه بل ضرورة من المذهب اوالدين على وجه لايحسن من الفقيه ذكر ما دل على ذلك من الكتاب والسنة كذا في الجواهر -وفي المسالك هذا محل وفاق بين المسلمين- و يشهد به مضافا الى ذلك مادل على اعتبار العدالة في الشاهد و كونه مرضيا- والمجنون ليس كك قطعا- وفي العلوي (١) في قوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ممن ترضون دينه وامانته و صلاحه وعفته و تيقظه فيما يشهد به و تحصيله وتمييزه فما كل صالح مميزاً ولا محصل مميز صالح - ويشهد به ايضاً عموم التعليل في موثق محمد المتقدم لانه لايؤمن على الشهادة - واستدل له في الرياض - بما في صحيح جميل المتقدم في شهادة الصبي ان عقله حين يدرك انه حق جازت شهادته و بالجملة فالحكم من الواضحات.

ولافرق في الجنون بين الادواري منه والمطبق- نعم لاباس بشهادته في حال افاقته لعموم الادلة وزوال المانع لكن بعد استظهار الحاكم بما تيقن معه حضور ذهنه واستكمال فطنته - قال في الرياض و ذكر المتاخرون من غير خلاف بينهم ان في حكمه المغفل الذي لايحفظ ولايضبط ويدخل فيه التزوير والغلط وهو لايشعر لعدم الوثوق بقوله و كذا من يكثر غلطه ونسيانه ومن لايتنبه لمزايا الامور وتفاصيلها الا ان يعلم عدم غفلته انتهى.

اقول ويشهد بذلك عموم العلة في موثق محمد المتقدم لانه لايؤمن على الشهادة ومرسل (٢) يونس عن بعض رجاله عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث فاذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته الحديث فان الظاهر من المامونية اما المامونية في

---

(١) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٢٣

(٢) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٣

جميع الحسنات اوفى خصوص الشهادة- وعلى التقديرين يثبت المطلوب - واحتمال ارادة المأمونية من تعمد الكذب خلاف الظاهر - وقوى (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انشهادة الاخ لاخيه يجوز اذا كان مرضيا ومعه شاهد آخر- وقد مر تفسير الامام عليه السلام للمرض بما لايشمل الغفل - وموثق (٢) سماعة سألته عما يرد من الشهود - قال عليه السلام المريب والخصم والشريك الحديث اذلاريب فى كون المغفل داخلافى المريب .

من شرائط قبول الشهادة الايمان

(و) الثالث من الاوصاف المعتبرة في الشاهد **(الايمان)** بالمعنى الاخص وهو الاقرار بامامة الائمة الاثنى عشر عليهم السلام بلا خلافوعن غيرواحد دعوى الاجماع عليه - فلاتقبل شهادة غير المؤمن وان اتصف بالاسلام - ولاشهادة غير المسلم.

اما عدم قبول شهادة غير المسلم فيشهد به مضافا الى الاجماع وفى الجواهر بل لعله ضرورى المذهب جملة من النصوص - كصحيح (٣) الحذاء عن ابى عبدالله عليه السلام تجوز شهادة المسلمين على جميع اهل الملل ولا تجوز شهادة اهل الملل على المسلمين - وموثق (٤) سماعة عنه عليه السلام عن شهادة اهل الملة قال عليه السلام لاتجوزالاعلىاهل ملتهم - ومثله (٥) موثقه الاخر - والنصوص (٦) الدالة على ان الكافر اذا تحمل الشهادة فى حال الكفر وشهد بعد اسلامه تقبل شهادته فانها من جهة مافيها من الشرط تدل على عدم قبولها فى حال الكفر - لاحظ قوى (٧)

---

(١) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٣

(٣-٤) الوسائل باب ٣٨ من كتاب الشهادات حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ٤٠ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٦-٧) الوسائل باب ٣٩ من كتاب الشهادات حديث ٠-٨

السكوني عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام فى حديث اليهود والنصارى اذااسلموا جازت شهادتهم۔ وقوى (۱) السكوني عن الصادق عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام كان لايقبل شهادة فحاش ولاذى مخزية فى دينه ـ ومثله خبر (۲) اسماعيل بن مسلم الى غير تلكم من النصوص الواردة بالسنة مختلفة ـ ويشهد به ايضاً ما دل على اعتبار العدالة و كون الشاهد مرضيا.

واماعدم قبول شهادة غير المقر بامامة الائمة الاثنى عشر عليهم السلام ـ فقدقال صاحب الجواهر ره ولعله من ضرورى المذهب فى هذا الزمان۔ ويشهد به۔ خبر السكونى واسماعيل المتقدمان ومادل على (۳) عدم قبول شهادة الفاسق ـ واعتبار (۴) العدالة. فان المخالف ليس بعادل قطعا ـ ومادل (۵) على عدم قبول شهادة الظنين قال الصدوق الظنين هو المتهم فى دينه ـ وقال (٦) الصادق عليه السلام فى صحيح ابى بصير فى جواب قوله فالفاسق والخائن فقال هذا يدخل فى الظنين ـ ولايعارضها مادل (۷) على قبول شهادة المسلم لانه يقيد اطلاقه بمامر ولا ـ حسن (۸) البزنطى عن ابى الحسن عليه السلام عمن اشهد ناصبيين على الطلاق ايكون طلاقا قال عليه السلام كل من ولد على الفطرة وعرف بصلاح فى نفسه اجيزت شهادته على الطلاق بعد ان يعرف منه خير ونحوه ـ صحيح (۹) ابن المغيرة فانه عليه السلام فى الجواب اقتصر على بيان الحكم الواقعى الكلى و هو انه تقبل شهادة من كان معروفاً بالخير وليس ذلك الا الايمان والجواب بمالاينطبق على السؤال لعله من جهة التقية .

(۱-۲) الوسائل باب ۳۲ من كتاب الشهادات حديث ۱-۵

(۳-۵-٦) الوسائل باب ۳۰ من كتاب الشهادات حديث ۰-۰-۵

(۴-۸-۹) الوسائل باب ۴۱ من كتاب الشهادات حديث ۰-۲۱-۵

(۷) الوسائل باب ۳۸-و ۳۹۰ من كتاب الشهادات

من شرائط قبول الشهادة عدالة الشاهد

(و) الرابع (**العدالة**) فلاتقبل شهادة الفاسق كتابا وسنة مستفيضة اومتواترة و اجماعا بقسميه كما فى الجواهر -واما مافى كلام بعض القدماء من كفاية ظاهر الاسلام مع عدم ظهور الفسق بل عن الخلاف دعوى الاجماع القولى والعملى عليه فليس مراده عدم اعتبار العدالة ولان ذلك هو العدالة بل مراده كون ذلك من طرق معرفة العدالة ولذا استدل له- باصالة عدم الفسق - واصالة الصحة فى اقوال المسلمين وافعالهم و بظاهر حال المسلم انه لايترك الواجبات ولايفعل المحرمات - وبقاعدة المقتضى والمانع بدعوى ان الاسلام مقتض لفعل الواجبات و ترك المحرمات فالموجب للفسق لامحالة يكون لمانع فاذا شك فيه يبنى على عدمه - وبانه لولم يكتف بالاسلام وعدم ظهور الفسق لم ينظم الاحكام للحكام خصوصا فى المدن الكبيرة والقاضى القادم اليها من بعيد - وهذه الوجوه كماترى ظاهرة فى انه يرى اعتبار العدالة وانما يكتفى بما ذكر لكونه من طرق معرفتها.

والاصل فى اعتبارها - مضافا الى الاجماع - من الكتاب قوله تعالى (١) «ان جائكم فاسق بنبأ فتبينوا» والشهادة نبأ فيجب التبين عندها - وقوله (٢) عزوجل «واشهد واذوى عدل منكم» وقوله (٣) تعالى «يحكم به ذوا عدل منكم» وقوله (٤) سبحانه «اثنان ذوا عدل منكم» وقوله تعالى (٥) «ممن ترضون من الشهداء» والفاسق ليس بمرضى الحال ويتم المطلوب بالاجماع المركب - ومن السنة نصوص كثيرة - منها مادل على عدم قبول شهادة الفاسق و قدمر -ومنها - مادل على عدم قبول شهادة غير المرضى تقدم ايضا - ومنها - ماتضمن اعتبارها - كمرسل (٦) يونس استخراج

---

(١) سورة الحجرات آية ٦ (٢) سورة الطلاق آية ٣

(٣-٤) سورة المائدة آية ٩٥و١٠٦ (٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٦) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم حديث٢

الحقوق باربعة وجوه شهادة رجلين عدلين الحديث - و صحيح (١) محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه كان يجيز في الدين شهادة رجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال الا شاهدي عدل - ونحوه صحيح حماد بن عثمان وخبر (٢) ابي ضمرة عن امير المؤمنين عليه السلام احكام المسلمين على ثلاثة شهادة عادلة أو يمين قاطعة أو سنة ماضية من ائمة الهدى ، و مثله خبر (٣) اسمعيل ابن ابي اويس - والنصوص (۴) الدالة على قبول شهادة المملوك اذا كان عادلا - وصحيح (۵) ابن ابي يعفور عن ابي عبدالله عليه السلام قلت بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم فقال عليه السلام ان تعرفوه بالستر والعفاف و كف البطن والفرج واليد واللسان ويعرف باجتناب الكبائر الحديث الى غير تلكم من النصوص المتواترة التي يصعب حصرها

وقد يتوهم دلالة جملة من النصوص على عدم اعتبار العدالة كصحيح (۶) حريز عن الصادق عليه السلام في اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان ولم يعدل الاخران فقال عليه السلام اذا كانوا اربعة من المسلمين ليس يعرفون شهادة الزور اجيزت شهادتهم جميعا واقيم الحد على الذي شهدوا عليه انما عليهم ان يشهدوا بما ابصروا و علموا وعلى الوالي ان يجيز شهادتهم الا ان يكونوا معروفين بالفسق - و خبر (۷) علقمة عن الصادق عليه السلام عمن يقبل شهادته ومن لا يقبل فقال عليه السلام ياعلقمة لو لم تقبل شهادة المقترفين للذنوب لماقبلت الا شهادة الانبياء والاوصياء عليهم السلام لانهم المعصومون دون ساير الخلق فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا اولم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من اهل العدالة والستر وشهادته مقبولة وان كان في نفسه مذنبا - وخبر (۸) العلاء بن سيابة عنه عليه السلام عن شهادة من يلعب بالحمام قال عليه السلام لاباس به اذا كان لايعرف

---

(١) الوسائل باب ١۴ من ابواب كيفية الحكم حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب كيفية الحكم حديث ۶

(۴ -۵-۶-۷-٨) الوسائل باب ۴١ من كتاب الشهادات حديث ١١ - ١ - ١٨ - ١٣ - ۶

بفسق والعلوي(١) انه قال لشريح واعلم ان المسلمين عدول بعضهم على بعض الا مجلوداً في حد لم يتب منه او معروفا بشهادة الزور او ظنين - و حسن (٢) البزنطي عن ابي الحسن عليه السلام في حديث من ولد على الفطرة اجيزت شهادته على الطلاق بعد ان يعرف منه خير - ونحوه صحيح (٣) ابن المغيرة .

وفيه - اولا انه لو تمت دلالتها تعين صرفها عن ظاهرها وحملها على اراده ما يجتمع مع اعتبار حسن الظاهر جمعا بين النصوص ، وثانيا انها لاتدل على ذلك -اما الاول فلان الظاهر ان المراد من عدم المعروفية بالفسق عدم معروفيته حتى عند المعاشرين معه وهذا يلازم مع حسن الظاهر الذي هو من طرق معرفة العدالة -واما الثاني فلان صدره وان تضمن قبول شهادة المقترف بالذنب الا ان ذيله لقوله عليه السلام فهو من اهل العدالة والستر وشهادته مقبولة يدل على اعتبار حسن الظاهر ويوجب تقييد الصدر بما اذا كان ذنبه مستورا لايعرفه اهله ومحلته - واما الثالث فلما ذكرناه في الاول - واما الرابع فلانه مجمل وقد استثنى منه الظنين وهو كل فاسق - كما يشير اليه صحيح(٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام قلت فالفاسق والخائن قال عليه السلام كل هذا يدخل في الظنين - و اما الاخيران فلانهما يدل على قبول شهادة من كان معروفا بالخير والصلاح وليس ذلك الاحسن الظاهر .

فالمتحصل مما ذكرناه انه لاشك في اعتبار العدالة في الشاهد وانه لاتقبل شهادة الفاسق -فان قيل انه يلزم من ذلك عدم نظم الاحكام للحكام خصوصا في المدن الكبيرة والقاضي القادم اليها من بعيد - قلنا ان هذا يتم اذا اعتبرنا حصول العلم بها والوثوق واما لو اكتفينا بحسن الظاهر فلا يلزم ذلك كما لايخفى .

ثم انه قد تقدم في كتاب الصلاة في الجزء الخامس من هذا الشرح في رسالة

(١-٣) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٢٣ - ٢١

(٢) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الطلاق حديث ٤

(٤) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات حديث ٣

العدالة بیان المراد منها وطرق اثباتها ـ والبحث عن الکبائر والصغائر ـ واعتبار المروة فیها و عدمه ـ والتوبة ـ وما یتعلق بها ـ وغیر ذلك فلا نعید ماذکرناه فراجعها فانها رسالة نافعة متضمنة لمطالب هامة جدا .

یعتبر فی الشاهد انتفاء التهمة

(و) الخامس **(انتفاء التهمة)** بلاخلاف اجده فیه ـ وفی المسالك شهادة المتهم مردودة اجماعا ویشهد به نصوص ـ کصحیح (١) ابن سنان قلت لابی عبدالله علیه السلام مایرد من الشهود قال فقال علیه السلام الظنین والمتهم قلت فالفاسق و الخائن قال علیه السلام ذلك یدخل فی الظنین ـ وصحیح (٢) ابی بصیر عنه علیه السلام وهو مثله الا انه قال الظنین والمتهم والخصم ونحوه ـ صحیح (٣) عبیدالله الحلبی ـ وصحیح (۴) محمد بن مسلم عن الباقر علیه السلام قال رسول الله صلی الله علیه و آله وسلم لم تجز شهادة الصبی و لا خصم و لا متهم ولاظنین ـ وموثق (۵) سماعة سالته عما یرد من الشهود قال علیه السلام المریب والخصم والشریك ودافع مغرم و الاجیر والعبد و التابع والمتهم کل هؤلاء ترد شهاداتهم ونحوها غیرها .

و لکن الظاهر عدم افتاء الاصحاب بمانعیة التهمة عن قبول الشهادة بما لهذه اللفظة من المفهوم فعن کشف اللثام وقع الاتفاق علی انها لاترد بای تهمة کانت ـ وعن الدروس لیس کل تهمة تدفع الشهادة بالاجماع ـ وقال المحقق الاردبیلی ره والظاهر انه لیس کل متهم مردود بل افراد من المتهم ولیس لهم فی رد شهادة المتهم ضابطة وعد مواضع کثیرة یقبل فیها الشهادة فقال لاشك ان التهمة هنا ایضا موجودة فقال وبالجملة العدالة مانعة من رد الشهادة وسبب لقبولها ومجرد التهمة وایة تهمة کانت لیس سببا للردفان العدالة تمنع الخیانة و ان کان له فیها نفع انتهی ـ و بالجملة المستفاد من

(١ـ٢ـ٣ـ۴) الوسائل باب ٣٠ من کتاب الشهادات حدیث ١ ـ٣ـ۵ـ ۶

(۵) الوسائل باب ٣٢ من کتاب الشهادات حدیث ٣

كلمات الفقهاء ان التهمة من حيث هي ليست مانعة من قبول الشهادة وان بنائهم في الرد والقبول على امر آخر ورائها وفي تلكم الموارد المنطبق عليها عناوين اخر ـ كجار النفع ـ والشريك ـ والوصي ـ وماشاكل ـ في بعض افرادها لايتحقق التهمة قطعا وانما حكموا بعدم القبول فيها لاجل نصوص خاصة واردة فيها ـ وحصرها المصنف في محكي القواعد في ستة وذكرها في المقام وستاتي ـ وبهذا كله يظهر عدم كون التهمة بنفسها من الموانع .

ويمكن ان يقال ان المراد بالتهمة ـ من يحتمل في حقه او يظن بشيء قبيح في الدين من العقائد والفسق والمعاصي الخاصة والكذب وماشاكل وحيث ان ذلك مناف للعدالة فان ثبتت عدالة الشاهد يرتفع التهمة غاية الامر ان علم بها يرتفع وجدانا والافتعبدا بناء على ان المجعول في الامارات الطريقية والوسطية في الاثبات ـ وعلى ذلك فلا يكون هذه النصوص منافية ومعارضة لمادل على قبول شهادة العادل ـ بل تكون الثانية حاكمة على الاولى ـ فما في بعض الكلمات من اطالة البحث في ذلك وملاحظة النسبة بينهما والحكم بالتساقط ثم الرجوع الى ادلة اخر ـ في غير محلها ـ وعلى فرض تسليم التعارض حيث تكون النسبة عموما من وجه فيرجع الى المرجحات والترجيح لنصوص قبول شهادة العادل ـ لفتوى الاصحاب ـ وموافقة الكتاب ـ فالمتحصل مما ذكرناه ان التهمة من حيث هي ليست من موانع القبول في مقابل الفسق ـ واما الموارد الخاصة التي حكموا فيها بعدم قبول شهادة المتهم فسياتي الكلام فيها ولها ادلة خاصة ـ

من شروط الشاهد طهارة المولد

(و) السابع مما يعتبر في الشاهد ـ **(طهارة المولد)** اي عدم كونه ولد الزنا المعلوم كونه كذلك كما هو المشهور بين الاصحاب وعن السيد و الشيخ و ابن زهرة الاجماع عليه ـ ويشهد به خبر(١) ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام عن ولد الزنا أتجوز

---

(١) الوسائل باب ٣١ من كتاب الشهادات حديث ١

شهادته فقال عليه السلام لافقلت ان الحكم بن عتيبة يزعم انها تجوز فقال عليه السلام اللهم لاتغفر ذنبه الحديث - و اورد عليه في المسالك بان في طريقه ابان وابا بصير وهما مشتركان بين الثقة و غيره - وفيه - اولا ان الراوى عنهما البزنطى و هو من اصحاب الاجماع وثانيا - ان الظاهر كون ابان الذى هو في الطريق هو ابان بن عثمان الثقة لانه الغالب المنصرف اليه الاطلاق و للتصريح به في الطريق الاخر المنقول عن رجال الكشى - وابو بصير ثقة على الاطلاق وفاقا لجماعة من المحققين كما حقق في محله - وصحيح (١) الحلبى عن ابى عبدالله عليه السلام عن شهادة ولدالزنا فقال عليه السلام لاولاعبد - واورد عليه في المسالك بان دلالته لاتخلو من قصور - وهو كما ترى فان الظاهر كون السؤال عن قبول شهادته - و خبر (٢) محمد بن مسلم الذى عبر عنه المصنف ره وولده بالصحيح قال ابوعبدالله عليه السلام لايجوز شهادة ولدالزنا وخبر (٣) عبيد بن زرارة عن ابيه عن الباقر عليه السلام لوان اربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل وفيهم ولدزنا لحددتهم جميعا لانه لاتجوز شهادته ولا يؤم الناس ونحوها غيرها

وقيل - وان لم يعرف قائله فانه و ان نسب الى الشيخ في المبسوط لكن ذيل كلامه يشهد بعدم قوله بذلك تقبل شهادته - واستدل له بخبر (٤) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن ولدالزنا هل تجوز شهادته قال نعم تجوز شهادته ولايؤم - وخبر (٥) الحلبى عن الصادق عليه السلام ينبغى لولدالزنا ان لاتجوز له شهادته ولا يؤم بالناس بدعوى ظهوره في الكراهة - ولكن الثانى غير ظاهر في الكراهة غايته الاجمال فيبين بما مر والاول ضعيف السند وقد رواه على في كتابه الا انه قال لايجوز شهادته ولايؤم - مع انهما على فرض الدلالة مخالفان لمذهب الاصحاب فيطرحان او يحمل الاول على التقية لان الجواز مذهب اكثر العامة كما في المسالك .

وعن الشيخ في النهاية وابن حمزة انه يقبل شهادته في الشىء اليسير استنادا -

---

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٣١ من كتاب الشهادات حديث ٦-٣-٤-٧-٩

الى رواية (١) عيسى بن عبدالله عن ابى عبدالله عليه السلام عن شهادة ولد الزنا فقال عليه السلام لاتجوز الافى الشيء اليسيراذا رأيت منه صلاحا (وفيه) ان الخبرلاعراض الاصحاب عنه لايعتمد عليه لرجوع الشيخ الذى هو الاصل فى العمل به عنه فى الخلاف ـ واورد عليه المصنف ره فى محكى المختلف بان قبول شهادته فى الشيء اليسير يعطى المنع من قبول الكثير من حيث المفهوم ولايسير الاوهو كثير بالنسبة الى مادونه فاذاً لايقبل شهادته الافى اقل الاشياء الذى ليس بكثير بالنسبة الى مادونه اذلادون له ومثله لايملك انتهى ـ ويرد عليه مضافا الى ذلك كله ما ذكره السيد المرتضى دليلا لعدم قبول شهادته ـ و هو الخبر الذى ورد ان ولد الزنا لا ينجب قال فاذا علمنا بدليل قاطع انه لاينجب لم يلتفت الى ما يظهر من الايمان والعدالة لانه يفيد ظن صدقه ونحن قاطعون بخبث باطنه وقبح سريرته فلاتقبل شهادته ـ فلااشكال فى الحكم.

ثم انه قال فى الرياض المنع يختص بمن علم كونه ولدالزنا امامن جهل فيقبل شهادته بعد استجماعه الشرائط الاخر من العدالة وغيرها وان نسب الى الزنا ما لم يكن العلم بصدق النسبة حاصلا وبه صرح جماعة من غير خلاف بينهم اجده و لعله للعمومات و اختصاص الاخبار المانعة بالصورة الاولى دون الثانية لكونها من الافراد الغير المتبادرة فلاتنصرف اليها الاطلاق كما مرغيرمرة انتهى.

اقول ان كان هناك اصل شرعى كالفراش ونحوه ـ يحكم بعدم كونه ولدالزنا فيقبل شهادته ـ والافان قلنا بان الاصل طهارة مولد كل من لم يعلم انه ابن زنا فكك ـ والا فيشكل الحكم لمنع تبادر المعلوم كونه ابن زنا من النصوص ـ ومافى الجواهر من ان النهى فيه حيث انه على طريق المانعية فيكون ظاهرا فى اختصاص المعلوم دون المشكوك فيه الداخل فى العمومات ـ يندفع بانه لافرق بين ذلك وبين ساير الادلة المتضمنة لترتب الحكم على نفس العناوين من غير اخذ العلم فيها فى ظهوره

---

(١) الوسائل باب ٣١ من كتاب الشهادات حديث ٥

(٢) المستدرك باب ٢٥ من الشهادات حديث ٥ ولسان الحديث ولدالزنا لايفلح ابدا

فى كون المانع هو الشيء بوجوده الواقعي - واما قاعدة المقتضى والمانع فقدذكرنا غير مرة انه لااصل لها- اللهم الا ان يقال ان الاجماع قائم على قبول شهادة من شك فى انه ولدالزنا - وعليه فلاتوقف فى الحكم والله العالم .

شرائط قبول شهادة الصبى فى القتل

ثم ان تمام الكلام فى هذا المقام فى طى مسائل - الاولى قدمر انه لاتقبل شهادة الصبى الافى الشهادة على القتل - (و) لكن صرح جماعة بانه (**تقبل شهادة الصبيان فى الجراح مع بلوغ العشر وعدم الاختلاف وعدم الاجتماع على الحرام**) لغيرهم - قال فى الشرايع تمسكا بموضع الوفاق - و ظاهر ذلك طرحهم للنصوص و الرجوع الى الاجماع اذالنصوص كما مرت متضمنة لقبولها فى القتل وقبولها فى الجراح غير المؤدى الى القتل لادليل له سوى الاجماع .

واما اعتبار بلوغ العشر فقدمر انه خلاف اطلاق النصوص الا ان الظاهر تسالمهم على اعتباره الاعن نادر- واما عدم الاختلاف فقد عرفت انه قد استدل له بخبر طلحة - وقد اشكلنا عليه - فلا دليل له سوى الاجماع ان ثبت - و اما عدم الاجتماع على الحرام - واعتبار كونه على مباح لغيرهم كالرمى ونحوه فقد اعترف غير واحد بعدم معرفة دليله ومدركه الاقتصار على المتيقن من معقد الاجماع ويتم لوطرحنا النصوص والافمقتضى الاطلاق عدم اعتباره فى الشهادة على القتل وعلى هذا المسلك لابد من اضافة قيدين آخرين الى القيود الثلاثة- بل لابد من اضافتهما حتى على التمسك بالنصوص وهما - ان لايوجد غيرهم - والاخذ باول كلامهم - الذى حكاه كاشف اللثام عن الشيخين فى المقنعة والنهاية والمرتضى وسلار وبنى زهرة وحمزة وادريس ويحيى والمحقق فى النافع وجعله فى التحرير والدروس رواية - اما الثانى فللتصريح به فى نصوص قبول شهادة الصبى فى القتل المتقدمة- واما الاول فلخبر (١) محمدبن

---

(١) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٥٠

سنان عن الرضا عليه السلام فی حدیث فلذلك لاتجوز شهادتهن الا فی موضع ضرورة مثل شهادة القابلة وما لایجوز للرجال ان ینظروا الیه کضرورة تجویز شهادة اهل الکتاب اذا لم یوجد غیرهم وفی کتاب الله عزوجل اثنان ذوا عدل منکم ای مسلمین او آخران من غیر کم کافرین ومثل شهادة الصبیان علی القتل اذا لم یوجد غیرهم .

ثم ان صاحب الجواهر ره اضاف قیدین آخرین - احدهما کون الشهادة علی الصبیان فلاتسمع شهادتهم علی غیرهم - ثانیهما قبول شهادتهم فی الدیة خاصة - واستدل له بخبر السکونی (۱) المتقدم المتضمن لقضاء امیر المؤمنین عليه السلام فی ستة غلمان کانوا فی الفرات فغرق واحد منهم - ویرد علیه مضافا الی مخالفته للاجماع - والی ماعرفت من عدم ظهوره فی کون الغلمان غیر بالغین - انه لامفهوم له فانه قضیة فی واقعة کی یقید به اطلاق النصوص .

تقبل شهادة الذمی فی الوصیة

الثانیة - قد عرفت انه من شرائط قبول الشهادة کون الشاهد مسلماً (و) لکن الاصحاب استثنوا من ذلك مورداً و قالو انه **(تقبل شهادة اهل الذمة فی الوصیة مع عدم المسلمین)** اقول اما قبول شهادة الذمی فی الوصیة للمسلم وعلیه فی الجملة فمما لاخلاف فیه وقد استفاض نقل الاجماع علیه - ویشهد له مضافا الی ذلك قوله (۲) تعالی «ذوا عدل منکم او اخران من غیر کم» ونصوص کثیرة لاحظ - صحیح (۳) احمد ابن عمر سألته عن قول الله عزوجل ذوا عدل منکم او آخران من غیر کم قال اللذان منکم مسلمان واللذان من غیر کم من اهل الکتاب فان لم یجد من اهل الکتاب فمن المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قالوا سنوا بهم سنة اهل الکتاب وذلك اذا مات رجل

---

(۱) الوسائل باب ۲ من ابواب موجبات الضمان من کتاب الدیات

(۲) سورة المائدة آیة ۱۰۶

(۳) الوسائل باب ۴۰ من کتاب الشهادات حدیث ۲

بارض غربة فلم يجد مسلمين يشهدهما فرجلان من اهل الكتاب - وصحيح(١) هشام ابن الحكم عن ابي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل او آخر ان من غيركم - فقال عليه السلام اذا كان الرجل في ارض غربة ولا يوجد فيها مسلم جاز شهادة من ليس بمسلم على الوصية - وموثق (٢) سماعة عنه عليه السلام عن شهادة اهل الملة قال فقال لا تجوز الا على اهل ملتهم فان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق احد الى غير ذلك من النصوص.

فان قيل انه يعارض هذه النصوص مادل على (٣) عدم قبول شهادة الكافر على المسلم فان هذه النصوص لا تختص بالشهادة على المسلم والنسبة عموم من وجه - قلنا اولا انه لو سلم كون النسبة عموماً من وجه - تقدم هذه النصوص لفتوى الاصحاب التي هي اول المرجحات - وثانيا انه في صحيح (٤) ضريس لانه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم - وفي خبر(٥) حمزة بن حمران عن الصادق عليه السلام في الاية الكريمة اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب فقال اذا مات الرجل في ارض غربة و طلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما - وحيث ان الكافر لا يرث من المسلم فالخبر مختص بالشهادة على المسلم فيكون اخص مطلق من النصوص المشار اليها فيقيد اطلاقها بهما.

ثم ان الاصحاب ذكروا لقبول شهادته شروطا - ١ - عدم وجود المسلم وفي المستند والظاهر كونه اجماعيا ايضاً - ويشهد به اكثر النصوص لاحظ ماتقدم منها - وقد اختلف كلمات القوم في التعبير عن هذا الشرط فعبر جمع منهم بعدم وجود المسلم الشامل للواحد والمتعدد العادل والفاسق - وآخرون بعدم وجود المسلمين - وثالث

(١-٢) الوسائل باب ٤٠ من كتاب الشهادات حديث ٣-٤

(٣) الوسائل باب ٣٨ من كتاب الشهادات

(٤-٥) الوسائل باب ٢٠ من ابواب الوصايا حديث ١-٧

بعدم وجود المسلمين العدلين- والذى يستفاد من مجموع الروايات بعد ضم بعضها الى بعض ان الشرط فقد المسلمين اللذين يصلحان لان يشهدهما - وهما العدلان فان صحيحة احمد وغيرها متضمنة لذلك وبها يقيد اطلاق غيرها- وهل يكفى وجود مسلم عدل على القول بقبول شاهد عدل مع يمين. ام لا- الظاهر عدم الكفاية لاطلاق مادل على قبول شهادة الذميين مع عدم وجود المسلمين اللذين يقبل شهادتهما - وبه يظهر حكم مالو كان هناك اربع مسلمات.

٢- الضرورة اعتبرها الشيخ فى محكى النهاية وتبعه جماعة- ولكن المراد بها ان كان عدم وجود المسلمين العدلين فالشرط الاول يغنى عن ذلك - وان كان عدم مايثبت به الوصية حتى الشاهد الواحد ويمين - او اربع مسلمات - او لزوم الوصية كان يوصى بحق لازم- فلادليل على اعتبارها - واطلاق النصوص المتقدمة يدفعه.

٣- ان يكونا اثنين فصاعدا - و الظاهر انه لاخلاف فى اعتبار ذلك والاية الكريمة والنصوص شاهدة بذلك - نعم لا يبعد القول بكفاية المسلم العدل مع ذمى واحد للاولوية - و لكن لايكتفى باربع ذميات اقتصارا فيما خالف الاصل على موضع النص.

٤- ان يكون الموصى فى السفر عرفا اى فى ارض غربة اعتبره الشيخ فى محكى النهاية والاسكافى والحلبى وابن زهرة وفى الرياض وربما يفهم منهما (اى الشيخ والسيد) كونه اجماعيا بيننا- ونفى اعتباره جماعة كعامة المتاخرين وفاقا منهم لظاهر اكثر القدماء كالشيخين فى المقنعة والنهاية والعمانى وسلار والقاضى والحلى بل يظهر من المحقق والمصنف ره فى الشرايع والتحرير على ماحكى انعقاد الاجماع عليه- وجه الاول ظهور الشرط فى الاية الكريمة وماماثلها من النصوص- والتصريح بذلك فى جملة من الاخبار المتقدمة ووجه الثانى اطلاق كثير من النصوص والتعليل فى طائفة منها بانه لايصلح ذهاب حق احد فانه يتعدى به الحكم الى غير مورده - والاظهر هو الاول اذ الاطلاق يقيد بمفهوم الشرط والحصر- والتعليل لو سلم دلالته على ذلك لايصلح لمعارضة الكتاب بعد كون النسبة

عموما من وجه كما لا يخفى مع انه مجمل اذ ليس محل الكلام ما لو حصل العلم من قول الشاهدين فان حجية العلم ذاتية من اى شيء حصل ـ بل ما لو لم يحصل العلم وعليه فالحق غير ثابت ـ وان كان المراد به الحق المحتمل فيحتمل عدم تحقق الوصية وذهاب حق الوارث بالقبول .

٥ـ احلاف الذميين بالصورة المذكورة فى الاية الكريمة (١) « تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله» اعتبره المصنف ره فى بعض كتبه وجعله فى المسالك اولى وقواه فى المستند ويشهد به الاية الكريمة ـ والايراد عليه بان الاية مختصة بصورة الارتياب ـ يدفعه انه ما لم يحصل العلم فالارتياب متحقق فالاظهر اعتباره :

٦ ـ ان تكون الشهادة فى الوصية اعتبار ذلك متفق عليه ـ ووجهه اختصاص الادلة من الاية والنصوص بها .

٧ ـ كون الوصية . بالمال خاصة فلا تثبت بشهادة الولاية على صغير وما شاكل اعتبره جماعة ـ واستدل له بالاقتصار على المتيقن من مورد النصوص وعن المحقق الاردبيلى ان به رواية ـ ولكن الرواية لم تصل الينا ـ والاقتصار على المتيقن لا وجه له مع الاطلاق ـ فالاظهر عدم اعتباره .

فى شهادة الفاسق بعد التوبة

الثالثة (**ولا تقبل شهادة الفاسق الا مع التوبة**) بلا خلاف ـ اما عدم قبول شهادته بدون التوبة فلما دل على اعتبار العدالة مضافا الى النصوص المصرحة بذلك المتقدمة واما قبولها معها ـ فلان التوبة موجبة لرجوع الفاسق عن الانحراف عن جادة الشرع الى الاستقامة فيها وهى كفارة الذنوب وبها تصير الفاسق عادلا والتوبة تجب ما قبلها والتائب من الذنب كمن لا ذنب له ـ كما تقدم الكلام فى ذلك كله فى رسالة العدالة

---

(١) سورة المائدة آية ١٠٦

في كتاب الصلاة - ويشهد به مضافا الى ذلك والى الاية الكريمة جملة من النصوص كقوى (١) السكوني عن ابى عبدالله عليه السلام ان اميرالمؤمنين عليه السلام قال ليس يصيب احد حدا فيقام عليه ثم يتوب الاجازت شهادته ونحوه خبره (٢) الاخر وخبر (٣) القاسم بن سليمان الصحيح عمن يصح عنه عن الصادق عليه السلام عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدا ثم يتوب ولايعلم منه الاخير أتجوز شهادته قال عليه السلام نعم مايقال عند كم قلت يقولون توبته فيما بينه وبين الله ولا تقبل شهادته ابداً فقال بئس ماقالوا كان ابى عليه السلام يقول اذا تاب ولم يعلم منه الاخير جازت شهادته ونحوها غيرها وقد تقدم الكلام في حقيقة التوبة وانها بماذا تحقق وحدها.

انما الكلام في المقام في خصوص توبة القاذف فانهم اختلفوا فيها فقيل يعتبر فيها اكذاب نفسه فيما كان قذف به سواء كان صادقا في قذفه او كاذبا والى هذا ذهب الشيخ في محكي النهاية وجماعة بل نسب الى المشهور - وعن المبسوط والحلي والمصنف ان حدها ان يكذب نفسه ان كان كاذبا ويعترف بالخطاء ان كان صادقا - يشهد للاول النصوص - كصحيح (٤) ابن سنان عن الصادق عليه السلام عن المحدود اذا تاب اتقبل شهادته فقال اذا تاب وتوبته ان يرجع مماقال ويكذب نفسه عند الامام وعند المسلمين فاذا فعل فان على الامام ان يقبل شهادته بعد ذلك - وخبر (٥) الكناني عنه عليه السلام عن القاذف بعد مايقام عليه الحد ماتوبته قال عليه السلام يكذب نفسه قلت ارأيت ان اكذب نفسه وتاب اتقبل شهادته قال عليه السلام نعم - ومرسل (٦) يونس عن احدهما عليهما السلام في حديث القاذف وما توبته قال عليه السلام يجيء فيكذب نفسه عندالامام ويقول قدافتريت على فلانة و يتوب مماقال - واورد على ذلك بان القاذف ان كان كاذبا فلااشكال في تكذيبه نفسه والافيكون التكذيب كذبا قبيحا فالجمع بين النصوص وهذا التعليل يقتضي البناء على القول الثاني - وفيه - اولا ان الفرار عن الكذب يحصل بالتورية

(١-٣-٥-٦) الوسائل باب ٣٦ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢-١-٤

(٢-٤) الوسائل باب ٣٧ من كتاب الشهادات حديث ٣-١

واعتبارها اقرب الى النصوص مما ذكروانسب بالحكمة المطلوبة للشارع من الستر لمافى التصريح بالتخطئة من التعريض بالقذف ايضا فافساده اكثر من اصلاحه كما صرح بذلك جماعة منهم الشهيد الثانى فى المسالك والسيد فى الرياض وعن الشهيدفى الدروس - وثانيا انه لامانع من تكذيبه نفسه بعداطلاق النصوص - وتسمية الله القاذف كاذبا قال الله تعالى (١) «واللذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة ابدا و اولئك هم الفاسقون الا اللذين تابوا من بعدذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم» الى قوله (٢) تعالى « لولاجائوا عليه باربعة شهداء فاذلم ياتوا بالشهداء فاولئك عندالله هم الكاذبون» فيقصد بتكذيبه نفسه جعل الله تعالى اياه كاذبا - فالقول الاول اظهر .

ثم ان الظاهر كما افاده المشهور اعتبار كون التكذيب عند الحاكم وعندمن قذف عنده فاذا تعذرففى ملاء من الناس للتصريح بذلك فى النصوص لاحظ صحيح ابن سنان المتقدم ومرسل يونس - لكن المرسل مختص بالتكذيب عندالامام والصحيح تضمن التكذيب عندالمسلمين ومقتضى اطلاقه عدم اعتبار التكذيب عندخصوص من قذفه عنده اللهم الا ان يبنى على ذلك بواسطة مناسبة الحكم والموضوع- فان حكمة اعتبار ذلك تبرئة المقذوف من ماقذف به وهذا يناسب تبرئته عندمن قذف عنده اواطلع عليه والله العالم .

ثم ان بعض الاصحاب اشترط اصلاح العمل زيادة على التوبة فى قبول شهادة القاذف للاية الكريمة المتقدمة - والاظهر هومافى الشرايع والمسالك من الاكتفاء بالاستمرار على التوبة لتحقق الاصلاح بذلك - وفى الرواية السابقة مايدل عليه

(١-٢) سورة النور آية ٥-١٣

شهادة الشريك لشريكه

الرابعة **(ولا)** يقبل **(شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريك فيه)** بلاخلاف فيه في الجملة - وليس الوجه في ذلك كونه متهما لما مر من عدم كون التهمة من حيث هي مالم تكن منافية للعدالة - مانعة عن قبول الشهادة - ولاجر النفع لانه ايضا ليس من الموانع اذ العادل لايجر النفع بغير حق - والنبوى (١) المتضمن للنهي عن جواز شهادة الجار الى نفسه منفعة - ضعيف السند ومجمل - مع ان الشريك في شهادته بحق ثابت لشريكه لايجر النفع الى نفسه - ولا ماقيل كما عن بعض الاساطين من ان الشريك ان شهد لشريكه فيما هو شريك فيه لايخلو الامر من انه اما ان تقبل شهادته بالنسبة الى الثابت لهما - او تقبل بالنسبة الى خصوص الحق الثابت لشريكه - اولا تقبل بالنسبة اليهما - ويلزم من الاول قبول شهادة الانسان لنفسه وهي لاتقبل قطعا للاجماع ولان المتبادر بل الظاهر من النصوص بل النصية في كثير منها ارادة الاخبار للغير حتى صحيح ابن ابي يعفور المتقدم حيث قال حتى تقبل شهادة لهم وعليهم - و لان المجعول الحلف على المدعى عليه مع عدم البينة للمدعى فلو كان شهادة الانسان لنفسه مسموعة كان يكتفى بها مع يمينه لان الشاهد الواحد مع اليمين بمنزلة البينة - وبالجملة لاخلاف ولا كلام في عدم قبول شهادة الانسان لنفسه - ولازم الثاني التفكيك بين المتلازمين - فيتعين الثالث - فانه يرد عليه انه لامحذور في التفكيك بين المتلازمين بحسب الواقع عند قيام الحجة على احدهما دون الاخر في الظاهر .

بل الوجه في ذلك النصوص الخاصة وهي طوائف .

الاولى ما يدل على عدم قبول شهادة الشريك لشريكه مطلقا كموثق (٢) البصري عن ابي عبدالله عليه السلام عن ثلاثة شركاء شهد اثنان على واحد قال عليه السلام لاتجوز

---

(١) المستدرك باب ٢٤ من كتاب الشهادة حديث٢

(٢-) الوسائل باب ٢٧ من كتاب الشهادات حديث ١-

شهادتهما بناء على ارادة معنى اللام من لفظ على وان المراد على امره ـ وخبر(١) محمد بن الصلت عن ابى الحسن الرضا عليه السلام عن رفقة كانوا فى طريق فقطع عليهم الطريق واخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض قال عليه السلام لاتقبل شهادتهم الاباقرار من اللصوص اوشهادة من غيرهم عليهم.

الثانية مايدل على قبولها كك كخبر(٢) عبدالرحمن عن ابى عبدالله عليه السلام عن ثلاثة شركاء ادعى واحد وشهد الاثنان قال عليه السلام يجوز ـ ولايرد عليه بان الظاهر كونه عين الموثق الاول رواه الكلينى مع اضافة كلمة لا ـ والشيخ بدونها ـ وحيث ان الكلينى اضبط والاصل عند تعارض النقلين يقتضى البناء على وجود الزايد فالمتبع هو الاول ولايعتمد على هذا الخبر ـ فان ذلك فيما اذا احتمل الخطاء فى حذف الزايد وفى الخبر لايحتمل ذلك لان الشيخ بعد نقله قال الوجه فيه ان نحمله على مالو شهدا على شيء ليس لهما فيه شركة ـ اللهم الاان يعمل الاصل المذكور بالنسبة الى القاسم الراوى عن ابان فى نقل الشيخ واحمد بن الحسن الميثمى الراوى عنه فى خبر الكلينى ان ثبت وحدة الخبرين كما هو الظاهر من وحدة السائل والمسئول عنه ومورد السؤال

الثالثة مايدل على التفصيل ـ كمرسل (٣) ابان المجمع على تصحيح مايصح عنه مع انه فى الفقيه من غير ارسال عن ابى عبدالله عليه السلام عن شريكين شهد احدهما لصاحبه قال عليه السلام تجوز شهادته الا فى شيء له فيه نصيب ـ وبهذا المرسل يقيد اطلاق كل من النصوص المتقدمة فتكون النتيجة عدم قبول شهادته له فيما هو شريك فيه وقبوله فيما لايكون شريكا فيه ـ فلااشكال فى الحكم .

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٧ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤-٣

شهادة الوصي والوكيل

الخامسة (و) المشهور بين الاصحاب كما في المسالك- انه- (لا) تقبل شهادة (الوصي فيما له الولاية فيه وكذا) لاتقبل شهادة (الوكيل) فيما هو وكيل فيه - وفي الرياض انها شهرة عظيمة كادت تكون اجماعا كما هو ظاهر جماعة ربما توجب المصير الى ماهنا من المنع ولذا صار اليه اكثر من تامل فيه بماذكرناه انتهى- وعن الشيخ في النهاية قبول شهادة الوصي مطلقا .

وتنقيح القول في الوصي يقتضي ان يقال- انه تارة يكون مدعيا بان ادعى للصغير على الغير- واخرى يكون المدعي غيره- وعلى الثاني قد يكون المدعى به مما يرجع الى ولايته- وقد يكون مما لايرجع اليه كما لو شهد بحق الوارث وكان وصيا على الثلث مثلا اوفرض استيفائه له .

اما في الصورة الاولى فلا اشكال في عدم قبول شهادته لما دل على ان البينة على المدعي ولا يقبل شهادته وقد تقدم .

واما في الصورة الثالثة فلا ينبغي التوقف في القبول .

انما الكلام في الصورة الثانية - فقد يستدل لعدم القبول- بكونه متهما - واخرى بانه يجر النفع الى نفسه - وقد مر مافيهما - فالاظهر هو القبول لعموم الادلة - ويشهد له مضافا الى ذلك مكاتبة (١) الصفار الى ابي محمد عليه السلام هل تقبل شهادة الوصي للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل فوقع عليه السلام اذا شهد معه اخر عدل فعلى المدعي يمين - وكتب أيجوز للوصي ان يشهد لوارث الميت صغيرا او كبير اوهو القابض للصغير وليس للكبير بقابض فوقع عليه السلام نعم وينبغي للوصي ان يشهد بالحق ولا يكتم

---

(١) الوسائل باب ٢٨ من كتاب الشهادات حديث ١

الشهادة وكتب أوتقبل شهادة الوصي على الميت مع شاهد آخر عدل فوقع عليه السلام نعم من بعد يمين.

واورد عليها تارة بما عن كشف اللثام من انها تدل على ان له الشهادة ولاتدل على قبولها - واخرى بانها تدل على اعتبار ضم اليمين ولعله من جهة عدم الاعتناء بشهادته والاكتفاء بشاهد آخر مع اليمين - وثالثة - بان اطلاقها يشمل الصورة الاولى.

ولكن يندفع الاول بان السؤال انما هو عن قبول شهادته لاعن جوازها تكليفا فانه من الواضحات - والثاني بان اعتبار اليمين لعله استحبابي للاستظهار نحو ما ورد في غيره من وصايا امير المؤمنين عليه السلام لشريح او يفرض كون المدعى عليه بدين ميتا فيكون اليمين للاستظهار - وعلى اى حال ليس الوجه فيه ما احتمل - فان الاكتفاء بشاهد ويمين انما هو مع عدم امكان اقامة البينة على ان الاكتفاء بهما لايعتبر فيه شهادة الوصي فلايكون وجه لقوله اذا شهد معه آخر...الخ اضف الى ذلك انه حكم باعتباره حتى في الشهادة على الميت - والثالث يندفع بان الظاهر كون الخبر بصدد بيان حكم شهادة الوصي من حيث هو مع قطع النظر عن العناوين الاخر المنطبقة عليه في بعض الاحيان كعنوان المدعي - ولذلك لا مجال للتمسك باطلاقها والحكم بقبول شهادة الوصي وان كان شريكا ايضاً - مع انه لوتم مادعي من الاطلاق يقيد اطلاقه بالاخبار الدالة على عدم قبول شهادة المدعي لنفسه بعد كون النسبة عموما من وجه والترجيح معها.

وبما ذكرناه يظهر حكم الوكيل فانه ان كان مدعيا لاتقبل شهادته والا فلا مانع من قبوله.

حكم شهادة العدو

السادسة (و) قالوا (لا) تقبل شهادة (**العدو**) الدنيوى على عدوه وتقبل له ولغيره وعليه وفي المسالك دعوى الاجماع على الاول وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه.

واستدل للاول بان العداوة من اسباب التهمة - ولاتقبل شهادة المتهم - وبصدق الخصم على العدو وقد دلت النصوص (١) على عدم قبول شهادة الخصم و قد تقدمت وبخبر (٢) معاني الاخبار قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولاذى غمز على اخيه ولاظنين الحديث قال الصدوق الغمز الشحناء والعداوة - وبخبر (٣) اسماعيل عن الصادق عليه السلام عن ابيه عن آبائه عليهم السلام قال لاتقبل شهادة ذى شحناء اوذى مخزية فى الدين والشحناء العداوة.

ولكن الاول قد عرفت مافيه - مع ان للمنع عن كون العداوة من اسباب التهمة مطلقا مجالا واسعا فان سببها ان كانت توجيه ضرر اليه من قتل ولد وماشا كل و كان العدو فى غاية العدالة لانسلم صدق التهمة سيما اذا كان المدعى به شيئا قليلا - والثاني يندفع بان الخصم فى اللغة والعرف بمعنى المجادل والمنازع لا العدو والنسبة بينهما عموم من وجه فانه ربما يكون طرف النزاع والمخاصمة هو العدو وربما يكون غيره فتلكم النصوص تدل على عدم قبول شهادة المنكر على المدعى والمدعى على المنكر ولا ربط لها بالمقام - واما الثالث فيرد عليه ان الغمز ليس مطلق العداوة بل هو الطعن عليه والسعى به شرا واظهار مافيه من النقيصة وهذا بنفسه من اسباب الفسق - واما الرابع فلان الشحناء ليست مطلق العداوة قال فى المنجد الشحناء العداوة امتلأت منها النفس فهو اخص من المدعى - مع انه اعم من وجه آخر فانه يشمل العداوة الدنيوية والدينية وايضا يشمل الشهادة له وعليه ولغيره وعليه - وعلى هذا فان ثبت اجماع والا فللمنع عن عدم قبول شهادته ان كان عادلا مجال واسع.

ثم ان الشهيد الثاني ره فى المسالك وقبله غيره و كذا بعده اوردوا على اعتبار هذا الشرط بانه يشكل فرض العدالة مع العداوة الدنيوية فان عداوة المؤمن وبغضه لالامر

---

(١) الوسائل باب ٣٠ من كتاب الشهادات

(٢) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٨

(٣) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٥

ديني والفرح بمسائته والحزن بمسرته معصية موجبة بنفسها او بالاصرار عليها الفسق المانع من قبول الشهادة فهذا لايكون شرطا آخر وراء اشتراط العدالة - و اجابوا عنه تارة بانها معصية صغيرة فاذا لم يصر عليها يكون عادلا وغير فاسق فيظهر ثمرة اعتبارها ذكره في المسالك - و اخرى بحمل العداوة على عداوة غير المؤمن وثالثة بان عداوة المؤمن حرام اذا كانت بغير موجب .

والتحقيق ان يقال ان العداوة القلبية غير اختيارية فلايعقل توجه النهي اليها وكونها معصية وانما يكون المحرم اظهارها بمالايجوز - ومن الغريب ماافاده سيد الرياض من كون العداوة المفسرة بالمسرة والفرح بالمسائة و المكروهات الواردة على صاحبه والمسائة والاغتمام بالمسرة والنعم الحاصلة له - عين الحسد الذى هو من الكبائر فان الحسد بمعنى كراهة النعمة عن المحسود التى هى امر قلبي لايكون حراما و معصية فضلا عن كونه من الكبائر وعلى هذا يحمل ما في حديث(١) الرفع المعروف من عد الحسد احد التسعة المرفوعة عن هذه الامة .

شهادة الولد على الوالد

السابعة (ولا) تقبل (شهادة الولد على الوالد) كما عن الصدوقين و الشيخين والقاضي وسلار وابن حمزة والحلي والمحقق والمصنف وولده والشهيد وغيرهم بل هو المشهور كما في المسالك وعن غيرها و عن الخلاف الاجماع عليه و يشهد له مرسل (٢) الصدوق قال في خبر آخر لاتقبل شهادة الولد على الوالد - المنجبر ضعفه بعمل الاصحاب - وقد يستدل له ايضا بقوله تعالى (٣) « وصاحبهما في الدنيا معروفا » وليس من المعروف الشهادة عليه والرد لقوله و اظهار تكذيبه فيكون ارتكاب ذلك

---

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس

(٢) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات حديث ٦

(٣) سورة لقمان آية ١٦

عقوقا مانعا من قبول الشهادة- ويرده مافي المسالك من ان قول الحق ورده عن الباطل وتخليص ذمته من الحق عين المعروف كما نبه عليه قوله صلى الله عليه وآله وسلم انصر اخاك ظالما او مظلوما فقيل يا رسول الله كيف انصره ظالما قال عليه السلام ترده عن ظلمه فذاك نصرك اياه ولان اطلاق النهي عن عصيان الولد يستلزم وجوب طاعته عند امره له بارتكاب الفواحش وترك الواجبات وهو معلوم البطلان انتهى- اقول مع انه لو تم لاقتضى عدم قبول الشهادة على الوالدة ايضا ولم يقولوا به .

و عن السيد و جماعة قبول شهادته عليه كقبول شهادته له - و استدل لذلك بقوله تعالى (١) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين » وبقوله (٢) تعالى «واشهدوا ذوى عدل منكم»- وبخبر (٣) علي بن سويد السائي عن ابي الحسن عليه السلام في حديث قال كتب الي في رسالته الى سالت عن الشهادات لهم فاقم الشهادة لله ولو على نفسك او الوالدين والاقربين ونحوه- خبر (٤) داود بن الحصين .

ولكن الاية الاولى ليست نصا في الشهادة على الحي ولا خلاف في قبولها على الميت مع ان الظاهر من الاية الكريمة كونها في مقام بيان تقديم حقوق الله تعالى على النفس او الوالدين لقوله تعالى شهداء لله ولم يقل شهداء لغيركم من الناس لاخصوص الشهادة بالمعنى الاخص- اضف اليه ماقيل من ان وجوب تحمل الشهادة و كذا ادائها لايستلزم القبول فانه يمكن ان يكون لفوائد اخر من صيرورته جزء للاستفاضة العلمية اوقرينة لافادة العلم فيما اذا حصلت امور اخر بل اظهار الحق في نفسه له فائدة جليلة من اعظم الفوائد كيف وقد امرنا بالانكار القلبي للمنكر وفائدة اظهار الحق ولو لم يقبل لاتكون اقل

---

(١) سورة النساء آية ١٣٥

(٢) سورة الطلاق آية ٣

(٣) الوسائل باب ٣ من كتاب الشهادات حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٩ من كتاب الشهادات حديث ٣

من فائدته ـ وبذلك كله يظهر ما في الاستدلال بالخبرين ـ واما الاية الثانية فالخبر ان المتقدمان اخص مطلق منها فيقدمان عليها ـ فالاظهر عدم قبول شهادة الولد على الوالد .

ويجوز العكس اى تقبل شهادة الوالد على الولد (و) ايضا (**تقبل شهادة كل منهما لصاحبه**) اى تقبل شهادة الولد للوالد و العكس و يجوز شهادة بقية ذوى الارحام والقرابات بعضهم على بعض ـ و عن الانتصار ان ذلك مما انفردت به الامامية ـ و في المسالك ليس من اسباب التهمة عندنا العصبة فتقبل شهادة جميع الاقرباء لاقربائهم وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه ـ ويشهد به مضافا الى الاطلاقات والعمومات صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه‌السلام تجوز شهادة الولد لوالده والوالد لولده و الاخ لاخيه و نحوه صحيحا (٢) ابى بصير و عمار بن مروان ـ و موثق (٣) سماعة ـ وقوى (٤) السكوني .

وهل يشترط في قبول شهادة القريب ضم شاهد آخر عدل اجنبى لكمال العدد فلا يكفي ضم قريب آخر مماثله اوغير مماثله ولا ضم اليمين كما عن الشيخ في النهاية ـ ام لا يعتبر ذلك كما هو المشهور بين الاصحاب ـ الظاهر هو الثاني لاطلاق الادلة واستدل للاول بخبر (٥) السكوني عن جعفر عليه‌السلام عن ابيه (ع) ان شهادة الاخ لاخيه تجوز اذا كان مرضيا ومعه شاهد آخر ـ و فيه مضافا الى عدم عمل الاصحاب به و اخصيته من المدعى انه يدل على لزوم ضم شاهد آخر الى الاخ وليس فيه تقييد بالاجنبى فالظاهر انه لاجل اكمال العدد .

الصداقة والزوجية لا تمنعان من قبول الشهادة

الثامنة الصحبة و الصداقة و ان كانتا مؤكدتين و الضيافة و الزوجية لا يمنع شيء منها من قبول الشهادة ـ فتقبل شهادة كل من المصطحبين لصاحبه (**وكذا الزوجان**)

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٦ من كتاب الشهادات حديث ١-٣-٢- ٤-٥

والصديقان والضيف - وعن غير واحد دعوى الاجماع في الجميع - ويشهد بذلك مضافا اليه والى اطلاق الادلة - نصوص خاصة في الزوجين والضيف - لاحظ صحيح (١) الحلبي عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة الرجل لامرئته والمرئة لزوجها اذا كان معها غيرها - وصحيح (٢) عمار بن مروان عنه عليه السلام عن الرجل يشهد لامرئته قال عليه السلام اذا كان خيرا جازت شهادته معه لامرئته وموثق (٣) سماعة في حديث سئلته عن شهادة الرجل لامرأته قال عليه السلام نعم والمرئة لزوجها قال عليه السلام لا الا ان يكون معها غيرها وموثق (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام لا باس بشهادة الضيف اذا كان عفيفا صائنا الحديث .

وعن الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة انه يعتبر في قبول شهادة الزوج والزوجة ان يضم الى شهادة كل منهما شهادة غيرهما من اهل الشهادة وعن جماعة آخرين اعتبار ذلك في خصوص شهادة الزوجة وعن التحرير نسبته الى اصحابنا والمدرك هو صحيح ابن مروان وموثق سماعة وهما مختصان بشهادة الزوجة فاسراء الحكم الى شهادة الزوج قياس مع الفارق - واما في الزوجة فغاية ما يدل عليه الخبران اعتبار انضمام آخر اليها ولا يدلان على ان للزوجة خصوصية ولعله من جهة انه لاتقبل شهادة المرأة الواحدة وهذا بخلاف شهادة الرجل فانه يكتفى بها اذا انضم اليها اليمين والظاهر انه لذلك لم يعتبر الاصحاب هذا الشرط - لاما عن المصنف ره في المختلف بان المراد بذلك في الخبرين كمال البينة من غير يمين لانه لو كان المراد ما افاده لما كان له بالزوجة اختصاص وقد خصاه بها بل ظاهر الثاني منهما تخصيصه بها دونه .

شهادة الاجير - والسائل بكفه

التاسعة - المشهور بين قدماء الاصحاب انه لايقبل شهادة الاجير لمن استاجره

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٥ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٣

(٤) الوسائل باب ٢٩ من الشهادات حديث ٣

واكثر المتاخرين لولا عامتهم ذهبوا الى قبولها .

مدرك الاول جملة من النصوص منها موثق (١) سماعة سالته عما يرد من الشهود قال عليه السلام المريب و الخصم و الشريك ودافع مغرم و الاجير والعبد والتابع والمتهم كل هؤلاء ترد شهاداتهم ـ ونحوه مرسل (٢) الفقيه ـ ومنها النبوى(٣) المروى في معانى الاخبار لاتجوز شهادة خائن الى ان قال ـ ولاالقانع مع اهل البيت بضميمة تفسير الصدوق القانع مع اهل البيت بالرجل يكون مع القوم في حاشيتهم كالخادم لهم والتابع والاجير ـ ومنها خبر(٤) العلا بن سيابة عن ابى عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام لايجوز شهادة الاجير . ومنها صحيح صفوان(٥) عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل اشهد اجيره على شهادة ثم فارقه ايجوز شهادته له بعد ان يفارقه قال عليه السلام نعم وكك العبد اذا اعتق جازت شهادته الظاهر بسبب التشبيه والتقرير في ذلك .

ومدرك الثانى العمومات والمطلقات ـ وموثق(٦) ابى بصير عن ابى عبدالله عليه السلام ويكره شهادة الاجير لصاحبه ولا بأس بشهادته لغيره ولا باس به له بعد مفارقته ـ بدعوى ارادة الكراهة بالمعنى المصطلح منها .

اقول قد يقال انه لو تمت النصوص السابقة سند اودلالة ـ لزم تقييد المطلقات والعمومات بها ـ و لكن يمكن ان يقال ان النسبة بينها وبين مادل على قبول شهادة العادل عموم من وجه فيتعارضان ويرجع الى المرجحات وحيث ان من ادلة قبول شهادة العادل آيات من الكتاب فيقدم تلك الادلة وتختص هذه بالاجير غير العادل مع ان صحيح صفوان لايدل على المنع من قبولها لعدم المفهوم له ولم يفرض في السؤال عدم القبول حتى يكون تقريره عليه السلام دالا عليه ـ واما خبر العلا فضعيف السند لجهالته ـ واما النبوى فتفسير الصدوق قده غير حجة لنا ـ واما مرسل الفقيه فلارساله لايعتمد عليه ـ فلم يبق الا موثق سماعة ـ وحيث انه لايمكن الالتزام باطلاق رد شهادة الاجير

(١-٢-٣) الوسائل باب ٣٢ من كتاب الشهادات حديث ٣-٧-٨

(٤-٥-٦) الوسائل باب ٢٩ من كتاب الشهادات حديث ٢-١-٣

ولولغيرمن استاجره عليه وعلى من استاجره ولم يلتزم به احد وتقييد اطلاقه بموثق ابي بصير وغيره مستلزم لتخصيص الاكثر المستهجن فيكون المراد به الاجير الخاص فهو مجمل لايستنداليه ـ فالاظهر قبول شهادته.

واما السائل بكفه ـ فالمشهور بين الاصحاب عدم قبول شهادته ـ والمراد به من جعل السئوال ديدناله و يسئل الخلق في ابواب الدوروفي الاسواق والدكاكين والحجرات لانه المتبادر من هذا التركيب كما صرح به بعض المحققين فمن يسئل احيانا لحاجة دعته اليه لايصدق عليه هذاالعنوان ـ فاستثناء الحلي والمحقق والشهيد الثاني وغيرهم من المتاخرين ومتاخريهم من دعته الضرورة الى ذلك استثناء منقطع وكيف كان فيشهد للحكم نصوص ـ كصحيح(۱) على بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن السائل الذي يسأل بكفه هل تقبل شهادته فقال عليه السلام كان ابي عليه السلام لايقبل شهادته اذاسئل في كفه ـ وموثق(۲) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام رد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم شهادة السائل الذي يسأل في كفه قال ابوجعفر عليه السلام لانه لايؤمن على الشهادة وذلك لانه ان اعطى رضى وان منع سخط ونحوهماغيرهما فلااشكال في الحكم.

ثم انه قديقال انه من التعليل في الموثق لعدم قبول الشهادة يستفاد عدم حرمة السئوال بالكف من حيث هو والا كان الاولى التعليل بكونه فاسقا ـ وفيه نظر فانه يمكن ان يكون وجه عدم التعليل بالحرمة لزوم حمل افعال المسلمين واقوالهم على الصحة لعدم اتصاف كل سئوال بالحرمة بل على القول بها الذي لاتدعواليه حاجة ولاضرورة.

قال في الجواهر ولكن لايخفى عليك ان هذا بعد فرض معلومية حرمة السئوال ولو بالكف مع فرض عدم التدليس به كما لو صرح بغنائه عن ذلك وهو وان كان مغروسا في الذهن و النصوص مستفيضة بالنهي عن سئوال الناس لكن كثيرا منها محمولة على بعض مراتب الاولياء وهو الغنى عن الناس والالتجاء الى الله تعالى وآخر منها محمول على المدلس باظهار الحاجة والفقر لتحصيل المال من الناس بهذا العنوان

(۱-۲) الوسائل باب ۳۵ من كتاب الشهادات حديث ۱ـ۲

وهم الذين يسئلون الناس الحافا عكس الذين يحسبهم الجاهل اغنياء من التعفف واما حرمة السؤال من حيث كونه سؤالا ولو بالكف فلادليل يطمئن به على حرمته وان كان ذلك مغروسا في الذهن فتامل انتهى .

شهادة المتبرع

العاشرة (و) قد صرح غير واحد بانه (لا تقبل شهادة المتبرع) بان يؤدي الشهادة قبل الاستنطاق وطلب الحاكم اياه من الشاهد سواء كان قبل دعوى المدعى ام بعدها بلا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد .

واستدلوا له تارة بتطرق التهمة بذلك - و اخرى بالعلوى (١) تقوم الساعة على قوم يشهدون من غير ان يستشهدوا مع ماورد انها تقوم على شرار الخلق - والنبوى (٢) الوارد في مقام الذم ثم يفشوا لكذب حتى يعجل الرجل بالشهادة قبل ان يسئل عنها ولكن قد عرفت ان التهمة من حيث هى ليست من موانع القبول - مع انه يمكن منع التهمة في جميع الموارد وقد اطال البحث بعض المحققين في ذلك وبيان صور شهادة المتبرع واثبات منع التهمة في جملة من الموارد وانه ليس الغالب في شهادة المتبرع وجود التهمة لا يهمنا التعرض له بعد عدم كونها من الموانع - وان كان ما افاده متينا جدا فان تطرق التهمة الى الشاهد الذى عينه المدعى واستدعى منه الشهادة اقرب من المتبرع اليها - مع ان عدالته مانعة عن تطرقها ، و اما الخبران فمضافا الى ضعف سنديهما - و معارضتهما بقوله صلى الله عليه وآله وسلم (٣) الا اخبركم بخير الشهود قالوا بلى يارسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال ان يشهد الرجل قبل ان يستشهد والجمع بينهما بحمل الاولين على الشهادة في حقوق الناس - والثالث على الشهادة في حقوق الله تعالى كما في المسالك تبرعى لاشاهد به - انهما انما يدلان على الذم

(١-٢) المستدرك باب ٤٦ من ابواب الشهادات حديث ٢-٨

(٣) لم اظفر به في كتب الحديث وقد ذكره الفقهاء في كتب الفتوى كالمستند وكشف اللثام وغيرهما وبمضمونه روايات في كتب العامة راجع صحيح مسلم الجزء الثالث باب بيان خير الشهود وسنن ابي داود ج٣ ص٣٠٥-

والجرح والفتوى بغير مشهورة بل في المسالك انه ليس جرحا عندنا ولا يدلان على عدم القبول .

فالحق الاعتراف بعدم الدليل عليه سوى الاجماع الذى ادعوه في المقام ان ثبت وكان تعبديا غير مستند الى ما ذكر وكلاهما محل تامل - فالاظهر ماعن الحلي والمحقق الاردبيلي وفي المستند من القبول ومال اليه صاحب الكفاية - ولكن مخالفة الاصحاب مشكلة والاحتياط طريق النجاة نعم لا اشكال في قبول شهادته لو اعاد الشهادة بعد طلب الحاكم كما لا ينبغي التوقف في قبول شهادته في حقوق الله تعالى كما هو المشهور بين الاصحاب - اضف الى ما ذكرناه ما في المسالك ان هذه الحقوق لا مدعى لها فلو لم يشرع فيها التبرع لتعطلت وهو غير جائز ولانه نوع من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو واجب واداء الواجب لا يعد تبرعا انتهى .

ومما ذكرناه يظهر الحكم في الحق المشترك بين الله تعالى وبين الادمي وان الوجه القبول في حق الله والتوقف في حق الادمي فيقطع بالسرقة بشهادة المتبرع ويتوقف في التغريم .

شهادة النساء في الهلال والطلاق والحدود

الحادية عشر المشهور بين الاصحاب ان من شرائط الشهادة الذكورة في الجملة بمعنى انها تشترط في بعض الحقوق دون بعض - وتفصيل القول في ذلك ان شهادة النساء لا تقبل في جملة من الموارد لا منفردة ولا منضمة الى شهادة الرجال - وفي بعض الموارد تقبل منضمة الى شهادة الرجال ولا تقبل مع الانفراد - وفي بعض الموارد تقبل مطلقا - فالكلام في موارد .

(و) الاول ما **(لا)** تقبل فيه **(شهادة النساء)** والكلام فيه في ضمن فروع .

١- المشهور بينهم عدم قبول شهادة النساء **(في الهلال)** بل بلا خلاف بينهم وعليه الاجماع في كثير من الكلمات ولم يخالف فيه احد الا العماني حيث ذهب الى قبول

شهادتهن مع الرجال في كل شيء -ويشهد به نصوص كثيرة كصحيح(١) ابن سنان عن الصادق عليه السلام لاتجوز شهادة النساء في رؤية الهلال -وصحيح(٢) محمد بن مسلم لاتجوز شهادة النساء في الهلال ولا في الطلاق-وصحيح (٣) العلاء عن احدهما عليهما السلام لاتجوز شهادة النساء في الهلال-ونحوها غيرها من النصوص المستفيضة - ولايعارضها خبر(٤) داود بن الحصين في حديث طويل لاتجوز شهادة النساء في الفطر الاشهادة رجلين عدلين ولابأس في الصوم بشهادة النساء ولو امرأة واحدة لما عن الشيخ من ان الوجه فيه ان يصوم الانسان بشهادتهن استظهارا واحتياطا دون ان يكون ذلك واجبا وقد مر الكلام فيه في كتاب الصوم .

٢ - لااشكال (و) لاخلاف يعتدبه في انه لاتقبل شهادة النساء في **(الطلاق)** وقد مر الكلام فيه في كتاب الطلاق .

٣-(و) المشهور انه يعتبر في شهود **(الحدود)** المذكورة فلاتقبل شهادة النساء فيها الا ما استثنى مما سياتي الاشارة اليه و عن بعض متاخري المتاخرين الاتفاق عليه-ويشهد به - خبر(٥) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولافي القود- ومثله خبر(٦) اسماعيل-وصحيح(٧) جميل ومحمد بن حمران عن ابي عبدالله عليه السلام قال قلنا اتجوز شهادة النساء في الحدود قال عليه السلام في القتل وحده ان عليا عليه السلام كان يقول لايبطل دم امرىء مسلم-وخبر(٨) السكوني عنه عليه السلام عن ابيه عن امير المؤمنين عليه السلام شهادة النساء لاتجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود الا في الديون الحديث ونحوها غيرها- وقصور سند الاكثر والتضمن لما لايقولون به مجبور بالعمل في ماهو محل البحث - مع ان جملة منها صحيح السند غير متضمنة لما لايقول به الاكثر : واما خبر (٩) البصري عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال - فبالشذوذ خارج عن الحجية.

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧-٨-٩) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ١٠ ٨-١٨-٣٦- ٢٩-٣٠ - ١ - ٤٢-٢١

ثم انه قديلحق بالحدود التعزيرات بل قيل انه المشهور بين الاصحاب بل ظاهر المستند كونه مجمعا عليه - ولا دليل عليه سوى الاصل - والاجماع - والالحاق بالحدود - ولكن الاصل يخرج عنه بما دل على قبول شهادة النساء مطلقا كخبر (١) عبدالكريم اخى عبدالله بن ابى يعفور عن ابى جعفر عليه السلام تقبل شهادة المرئة والنسوة اذا كن مستورات من اهل البيوتات معروفات بالستر والعفاف مطيعات للازواج تاركات للبداء والتبرج الى الرجال فى انديتهم واطلاق النصوص الدالة على قبول شهادة العدول فانها غير مختصة بالرجال فالاصل الثانوى قبول شهادتهن - فان قيل ان خبر السكونى المتقدم الذى هو قوى سندا بمفهوم الحصر يدل على عدم قبول شهادتهن فى غير الديون وما لا يستطيع الرجال النظر اليه - قلنا مع الاغماض عن تضمنه لعدم جواز الشهادة على النكاح وقد دلت النصوص على جوازها كما ياتى - ان الاستثناء منقطع لا مفهوم له ولو كلف بما يجعله متصلا ينحصر مفهومه ح بما دل الدليل على عدم قبول شهادتهن بالنسبة اليه وهى الحدود والطلاق والنكاح - واما الاجماع فمدرك المجمعين يحتمل ان يكون ذلك - او الالحاق بالحدود - اما ماذهب اليه جماعة من عدم قبول شهادتهن فى حقوق الله تعالى مطلقا فستعرف عدم تماميته - واما الالحاق بالحدود فهو قياس فالاظهر عدم الالحاق

ثم انه قد استثنى من الحدود الرجم وقيل انه تقبل شهادتهن مع الرجال فى الرجم على تفصيل يأتى فى كتاب الحدود.

شهادة النساء فى النكاح والرضاع

٤ - اختلف الاصحاب فى قبول شهادة النساء مع الرجال فى النكاح - فعن المفيد والخلاف وسلار وابن حمزة و الحلى و ظاهر التحرير المنع و عن القديمين والصدوقين والتهذيبين وابن زهرة والمحقق والمصنف فى اكثر كتبه وولده والشهيد

---

(١) الوسائل باب ٤١ من الشهادات حديث ٢٠

و غیرهم من المتاخرین القبول و قد نسب ذلك الی الاکثر و عن الغنیة الاجماع علیه-دلیل المنع خبر السکونی المتقدم-ودلیل القبول صحیح(١) الحلبی عن الصادق علیه السلام عن شهادة النساء فی النکاح فقال علیه السلام تجوز اذا کان معهن رجل - ومثله اخبار (٢) زرارة - وابی الصباح - و ابن الفضیل - و ابی بصیر - وابن الحصین - والحارثی .

وفی المسالك یمکن الجمع بینهما بحمل اخبار المنع علی ما اذا کان المدعی الزوج فانه لایدعی مالا واخبار القبول علی ما اذا کان المدعی المرئة لانها تتضمن المال من المهر والنفقة و هذا متجه انتهی (وفیه) انه جمع تبرعی لا شاهد له - فالاظهر تقیید اطلاق خبر السکونی باخبار القبول لانه یدل علی عدم القبول مطلقا مع الانفراد او الانضمام الی الرجال ونصوص القبول تدل علی ان شهادتهن تقبل مع الرجال - وان ابیت عن ذلك فهما متعارضان والترجیح لنصوص القبول فالمتجه ذلك .

٥ - فی قبول شهادة النساء فی الرضاع المحرم خلاف بین الاصحاب فبین مانع عنه کالشیخ فی بعض کتبه و الحلی والمصنف فی التحریر علی المحکی ونسب الی الاکثر وعن المبسوط نسبته الیهم مشعرا بالاجماع علیه - وبین من جعل القبول اظهر کالمفید والعمانی و الاسکافی وسلار وابن حمزة والمحقق والمصنف فی کتبهما و کذا الشهیدان وغیرهم من المتاخرین .

واستدل للاول بالاجماع- والروایات التی نسب الشیخ فی المبسوط القول بالمنع الیها - وباصالة عدم القبول مع عدم وضوح مخصص لها من الادلة (ولکن) الاجماع موهون بذهاب الاکثر الی خلافه حتی مدعیه فی کتاب آخر- والروایات المشار الیها لم تصل الینا ولعل المراد بها ما توهم دلالته علی عدم قبول شهادة النساء وانه الاصل فیرجع الی الوجه الثالث وقد تقدم ما فیه وعرفت ان الاصل فی شهادتهن هو القبول لخبر عبدالکریم بن ابی یعفور ونصوص قبول شهادة العدول - فالاظهر هو القبول .

(١-٢) الوسائل باب ٢٤ من کتاب الشهادات حدیث ٢-١١-٢٥-٧-٤-٣٥-٥

ويشهد به مضافا الى ذلك المرسل (١) كالموثق بابن بكير المجمع على تصحيح مايصح عنه عن ابى عبدالله عليه السلام فى امرأة ارضعت غلاما وجارية قال يعلم ذلك غيرها قلت لا قال عليه السلام لاتصدق ان لم يكن غيرها فان مفهوم الشرط انها تصدق اذا علم بذلك غيرها كان ذلك الغير ذكراً أو انثى .

وقد استدل له مضافا الى ذلك كله في الرياض وغيره بانه امر لايطلع عليه الرجال غالبا فمست الحاجة الى قبول شهادتهن فيه كغيره من الامور الخفية على الرجال من عيوب النساء و غيرها وللنصوص الكثيرة الدالة عليه الاتية (وفيه) انه لم يقيد تلك النصوص بالرجال الاجانب ومن الواضح جواز ان ينظر اليه فى المقام زوج المرضعة واقربائها المحارم فالعمدة ماذكرناه .

شهادة النساء فى حقوق الادمى غير المالية

(٦) صرح جماعة بعدم قبول شهادة النساء لامنفردات ولامنضمات فيما كان من حقوق الادمى غير المالي ولا المقصود منه المال كالرجعة والعدة والوكالة والوصاية والجناية الموجبة للقود والبلوغ والجرح و التعديل و العفو عن القصاص و الاسلام و استدلوا له بالاجماع ـ وبخبر السكوني المتقدم الدال على حصر قبول شهادة النساء فى الديون و مالا يستطيع للرجال النظر اليه ـ ولكن الاجماع ممنوع وعلى فرضه كونه تعبديا غير ثابت ـ وخبر السكوني قد عرفت عدم دلالته على الحصر بل قدمر ان الاصل قبول شهادتهن الا ماخرج ولم يدل على هذه الكلية دليل من النصوص ـ والى ذلك نظر صاحب الجواهر ره حيث انه بعد مانقل الكبرى الكلية عن الدروس ـ قال ولم اقف فى النصوص على مايفيدها بل فيها ماينافيها قال المحقق الاردبيلي بعد نقل ذلك لااعرفه و لادليل على ثبوت القاعدة و الاصل قبول الشهادة فالاظهر عدم ثبوت القاعدة المشار اليها .

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب مايحرم بالرضاع من كتاب النكاح حديث ٣

ثم انه قدوقع الخلاف بينهم فى امثلة جعلها بعضهم من الحق المالى وآخر من غيره وحيث ان الكبرى غير ثابتة فالبحث فى الصغريات واثبات انها داخلة تحتها أو عدم الدخول لاحاصل له فالصفح عنه اولى .

شهادة النساء فى حقوق الله

(و) المورد الثانى فيما (تقبل) فيه شهادة النساء (مع الرجال) ولا تقبل منفردات وقد ذكر المصنف ره لذلك موردين - احدهما اذا كانت الشهادة (فى الحقوق) ونخبة القول فيها ان الحق اما ان يكون من حقوق الله تعالى او يكون من حقوق الادمى ـ اما القسم الاول فالمشهور بين الاصحاب الحاق جميع حقوق الله تعالى حتى المالية كالزكا والخمس والنذر و الكفارة بالحدود فلا تقبل فيها شهادة النساء مطلقا وصرح بعضهم بعدم الخلاف فيه وآخر بالاتفاق على انحصار قبول شهادة النساء فى الحقوق المالية الانسانية و لكن الظاهر من المتن هو القبول و كذا ماعن الدروس من التصريح بالقبول فى الحقوق المالية مطلقا بل يمكن استظهاره من النهاية والسرائر حيث لم يتعرضا لالحاق حقوق الله تعالى بالحدود ولعله لذلك اقتصر الشهيد الثانى فى المسالك للاستدلال على الالحاق بالاصل .

و كيف ـ كان فقد استدل للالحاق ـ بالاصل فان الاصل عدم قبول شهادة النساء وبالاجماع ـ و بالنصوص المتقدم جملة منها والاتية اخرى المتضمنة لقبول شهادتهن فى امور خاصة بدعوى انها ظاهرة فى الاختصاص (ولكن) قد عرفت ان الاصل المشار اليه لااصل له ـ وان القاعدة المستفادة من نصوص قبول شهادة العادل - وخبر (١) عبد الكريم ـ هى قبول شهادة النساء الا ما خرج بالدليل والاجماع قدمر حاله والاخبار الخاصة لامفهوم لها كى تكون ظاهرة فى الاختصاص الموجب لعدم القبول فى غير تلك الموارد الا على القول بمفهوم اللقب .

---

(١) الوسائل باب ٤١ من كتاب الشهادات حديث ٢٠

فالمتجه هو القبول- بل يمكن الاستدلال فى الحقوق المالية للقبول بالنصوص الاتية فى الديون لانها ايضا من الديون حقيقة ولذا استدلوا لوجوب اخراجها من اصل التركة - بالاية الكريمة (١) « من بعد وصية يوصى بها اودين » بل يمكن القول بذلك فى مطلق حقوق الله تعالى نظرا الى مادل (٢) على انها ديون وعلى ذلك بنينا على اخراج جميع الواجبات حتى البدنية عن اصل التركة راجع ماذكرناه (٣)-وربما يستدل له بمادل (٤) على قبول شهادة المرئة لزوجها مطلقا المتقدم - فلاترديد فى القبول-ثم انه على المختار فهل يعتبر فيه ضم الرجال ام لا فيه كلام سياتى فى الديون - واما حقوق الادمى فما كان مالا أو كان المقصود منه المال سياتى حكمه فى ذيل بيان حكم الديون وما كان غير مال ولا المقصود منه المال تقدم الكلام فيه فى الفرع الخامس من المورد الاول .

شهادة النساء فى الديون

(و) الثانى من الموردين اللذين ذكرهما المصنف ره **(الاموال)** ونخبة القول فيها انه تارة يقع الكلام فى الديون - واخرى فى الاعيان وساير الحقوق المالية .

اما الاولى فبعد ما لاخلاف بينهم - بل عليه اتفاقهم انه تقبل شهادة النساء فى الديون فى الجملة والكتاب والسنة شاهدان به - قال الله تعالى (٥) «فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء » واما السنة فستمر عليك جملة من النصوص

---

(١) النساء آية ١٣

(٢) الوسائل باب ٦١ من ابواب المواقيت من كتاب الصلاة حديث ٩-وباب ١٢ من ابواب قضاء الصلواة حديث ٢٥ - وباب ٢٥ و ٢٩ من ابواب وجوب الحج كتاب الحج والمستدرك باب ١٨ من ابواب وجوب الحج.

(٣) فى ج ٤ ص ٤٩٦ - و ج ٨ ص ١٦٤

(٤) الوسائل باب ٢٥ من ابواب الشهادات

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

وقع الخلاف بينهم فی انه هل تقبل شهادتهن منفردات عن الرجال كما عن الخلاف والمبسوط والنهاية والاسكافی و لقاضی وابن حمزة والشرايع والارشاد والقواعد والمختلف و شهادات التحرير و الشهيدين بل قيل الكلينی و الصدوق و عن الخلاف الاجماع عليه - ام يعتبر ضم الرجال فلاتقبل بدونه كما عن السرائر والنافع و قضاء التحرير والفاضل المقداد - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص .

فان منها مايدل على الاول كصحيح (١) الحلبی عن ابی عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء فی الدين وليس معهن رجل - ومرسله (٢) ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اجاز شهادة النساء فی الدين مع يمين الطالب يحلف بالله ان حقه لحق و موثق (٣) منصور بن حازم حدثنی الثقة عن ابی الحسن عليه السلام اذا شهد لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز - ونحوها غيرها المعتضدة باطلاق جملة اخرى من النصوص .

ومنها مايدل على اعتبار الانضمام - كصحيح (٤) ابراهيم بن محمد الهمدانی قال كتب احمد بن هلال الى ابی الحسن عليه السلام امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدها غيرها و فی الورثة من يصدقها وفيهم من يتهمها فكتب عليه السلام لا الا ان يكون رجل وامرأتان وليس بواجب ان تنفذ شهادتها - وصحيح (٥) الحلبی عن ابی عبدالله عليه السلام قال قلت تجوز شهادة النساء مع الرجل فی الدين قال عليه السلام نعم - ومرسل (٦) يونس المتقدم استخراج الحقوق باربعة وجوه بشهادة رجلين عدلين فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فان لم تكن امرأتان فرجل ويمين المدعی فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه حيث حصر الاستحقاق بالاربعة وليس منها النساء منفردات مضافا الى تصريحه بانه ان لم يكن رجل فيمين المدعى عليه - واستدل للقول الثانی مضافا الى ذلك بان اللازم هو الاقتصار على المنصوص فی الكتاب ومورد الاجماع .

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٢٠-٢-٣١-٣٤-٢

(٦) الوسائل باب ١٥ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ٢

اقول اما صحيح ابراهيم فهو معارض بالنصوص الكثيرة الاتية الدالة على قبول شهادتهن منفردات في الوصية بالمال - ومع ذلك فهو مخالف لفتوى الاصحاب - واما صحيح الحلبي فلا يدل على عدم قبول شهادتهن منفردات اذ لامفهوم للوصف واللقب سيما والقيد في كلام السائل - واما المرسل فالمذكور فيه الشاهد وهو يطلق على الانثى ايضا - مع ان غايته كون دلالته بالاطلاق فيقيد بما مر - واما الاقتصار على المنصوص من الكتاب ومورد الاجماع فانما هو مع عدم الدليل - فتحصل مما ذكرناه ان الاقوى عدم اعتبار ضم الرجال .

واما الثانية فالمشهور بين الاصحاب الحاق جميع الدعاوى المالية اوما يكون المقصود منه المال بالدين - ولذلك حكموا بالقبول في دعوى الرهن والاجارة والمزارعة والمساقاة والاقالة والسرقة من جهة المال والخيار وغير تلكم بل قال بعضهم ان الحاقهم يشمل ما ولم يكن هناك دين ايضا كما اذا توافقا على اصل الدين واختلفا في الرهن مثلا وعن المختلف دعوى الاجماع على الحاق العين بالدين - وعلى هذا ففي الدعوى على العين لا اشكال في الالحاق - واما غيرها فمقتضى الاصل المتقدم الذي اسسناه هو القبول و الالحاق - فما عن الاردبيلي و في المستند من عدم الالحاق ضعيف - ثم انه قد عرفت ان الشهادة في النكاح من الموارد التي تقبل فيها شهادتهن مع الانضمام

شهادة النساء فيما يعسر الاطلاع عليه للرجال

المورد الثالث فيما يقبل فيه شهادة النساء منضمات مع الرجال ومنفردات (و) الكلام فيه في طي مسائل - الاولى (**تقبل شهادتهن بانفرادهن**)عن كل من اليمين والرجال (**في العذرة**)والبكارة(**وعيوب النساء الباطنة**) كالرتق والقرن وغير ذلك من الامور الخفية التي لايطلع عليها الرجال بلا خلاف اجده فيه كما صرح به غير واحد والصحاح المستفيضة ونحوها من المعتبرة شاهدة بذلك .

لاحظ موثق (١) ابن بكير عن الصادق عليه السلام تجوز شهادة النساء فى العذرة وكل عيب لايراه الرجل ـ وصحيح (٢) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام فى حديث تجوز شهادة النساء وحدهن بلا رجال فى كل مالايجوز للرجال النظر اليه وتجوز شهادة القابله وحدها فى المنفوس ـ وموثق (٣) محمدبن مسلم عن النساء تجوز شهادتهن وحدهن قال نعم فى العذرة والنفساء ـ وخبر (٤) داود بن سرحان بل صحيحه عن ابى عبدالله عليه السلام اجيز شهادة النساء فى الصبى صاح اولم يصح وفى كل شيء لاينظر اليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه الى غير تلكم من الاخبار الكثيرة

ثم انه صرح غير واحد بانه حيث تقبل شهادتهن منفردات يعتبر كونهن اربعاً وفى الجواهر كما هو المشهور للاصل بل يمكن دعوى القطع به من الكتاب والسنة ان المرئتين تقومان مقام الرجل وهو ظاهر قوله تعالى (٥) « ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى » انتهى و قد استدل له بذلك ـ و بان الاصل عدم قبول شهادتهن مطلقا خرج الاربع فى محل البحث اتفاقا فتوى و نصا لان موردهما النساء بصيغة الجمع غير الصادق حقيقة الاعلى مازاد على اثنين و كل من قال بلزومه عين الاربع ـ وبالمروى (٦) عن تفسير الامام عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام فى تفسير الاية المتقدمة اذا ضلت احداهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت احداهما الاخرى بها فاستقاما فى اداء الشهادة عندالله تعالى شهادة امرأتين بشهادة رجل لنقصان عقولهن ودينهن ـ وبما (٧) ياتى فى نصوص شهادتهن فى الوصية فانه بعد ماحكم عليه السلام بنفوذ شهادة المرئة فى الربع قال انه بحساب شهادتها حيث تدل على ان شهادتها المعتبرة تامة مطلقا هى الاربع ـ وبما (٨) ماوردفى شهادة القابلة من انه يجوز شهادتها فى الولدعلى

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٤من كتاب الشهادات حديث ٨-١٠-١٩-١٢

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٦) الوسائل باب ١٦ من كتاب الشهادات حديث١

(٧-٨) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات حديث ١٦-٤٥

قدر شهادة امرأة واحدة

و لكن يمكن ان يقال ان الاية الكريمة متضمنة لبيان حكمة الحكم باعتبار امرأتين مع الرجل فى الدين وليس ذلك علة يدور الحكم مدارها كما هو واضح ـ واما الاصل فقد مر انه قبول شهادتها كالرجل ـ واما ماذكر فى النصوص فيرده ان الاتيان بالجمع انما هو فى مقابلة القضايا فلا ينافى اعتبار الوحدة مثلا فى بعضها كما يقال مثله فيما مر من النصوص من قبول شهادتهن مع الرجال فى الديون ـ واما المروى عن تفسير الامام فسنده غير معتبر ـ مع ان مافيه من التعليل محمول على الحكمة قطعا والافكم امرأة اعقل من رجل ثم اى ربط بقوة العقل وعدمها فى الشهادة ـ واما الاخيران وان كانا مشعرين بذلك لكن عدم دلالتهما واضح ـ اضف الى ذلك كله ورود روايات خاصة بعدم الاعتبار ـ كصحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن شهادة القابلة فى الولادة قال عليه السلام تجوز شهادة الواحدة وشهادة النساء فى المنفوس والعذرة ـ وخبر (٢) ابى بصير عن لباقر عليه السلام تجوز شهادة امرأتين فى استهلال ونحوهما غيرهما .

فالذى يتحصل من مجموع النصوص بعد رد بعضها الى بعض ان شهادة النساء فى غير باب القضاوة بحكم شهادة الرجال الا مادل الدليل الخاص على عدم قبول شهادتهن فيه وقد مر فيكفى شهادة امرأة واحدة وعلى هذا تحمل مادل من النصوص على الاكتفاء بها ـ واما فى باب القضاء فما كان يعتبر فيه ضم الرجل يحتسب مرأتين برجل للتصريح بذلك فى نصوصه وكذلك فيما لايعتبر الضم ولكن كان الرجل موجودا وشهد كما مر فى كتاب القضاء ـ واما لو انفردن بالشهادة فالظاهر كفاية شهادة امرأتين والله العالم وان كان الاحوط رعاية الاربع بل لايترك ذلك لان المستفاد من الكتاب ومجموع النصوص الواردة فى الابواب المختلفة انه فى باب القضاء يحتسب شهادة امرأتين بشهادة رجل واحد .

ثم انهم اختلفوا فى قبول شهادة الرجال فى هذا المورد فالمشهور بينهم ذلك ـ

(١-٢) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤١

وعن القاضي عدم القبول معللا بانه لايجوز للرجال النظر الى ماذكر - ويرده مافى الرياض من جواز اطلاعهم عليه اتفاقا او عمدا مع التوبة قبل الاقامة او مع الحلية كمايتصور ولوفى بعض الفروض النادرة - مع ان ذلك لوصح علة لردالشهادة لاستلزم عدم قبول شهادة النسوة ايضا فى نحو البكارة مما يستلزم الشهادة عليه النظر الى العورة المحرم حتى على النسوة .

شهادة القابلة

(و) الثانية تقبل (**شهادة القابلة فى ربع ميراث المستهل**) من الاستهلال وهوولادة الولد حيا بلاخلاف فيه - والاصل فيه صحيح (١) عمر بن يزيدعن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل مات و ترك امرأته وهى حامل فوضعت بعدموته غلاماثم مات الغلام بعد ماوقع الى الارض فشهدت المرئة التى قبلتها انه استهل وصاح حين وقع الى الارض ثم مات قال عليه السلام على الامام ان يجيز شهادتها فى ربع ميراث الغلام - قال الصدوق (٢) ره بعد حكاية هذا الخبر و فى رواية اخرى ان كانت امرأتين تجوز شهادتهما فى نصف الميراث وان كن ثلاث نسوة جازت شهادتهن فى ثلاثة ارباع الميراث وان كن اربعا جازت شهادتهن فى الميراث كله - وصحيح(٣) ابن سنان عنه عليه السلام تجوز شهادة القابلة في المولود اذا استهل و صاح فى الميراث و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة قلت فان كانت امرأتين قال عليه السلام تجوزشهادتها فى النصف من الميراث ونحوهما موثق(٤) سماعة .

(و)الثالثة تقبل شهادة (**امرأة واحدة فى ربع الوصية**) وشهادةامرأتين فى نصفها وشهادة ثلاثة فى ثلاثة ارباعها واذا كملن اربعايثبت تمام الوصية بلاخلاف

(١-٣-٤) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٦-٤٥-٢٣

(٢) الفقيه ج٣ س٣٢

في شيء من ذلك وعن الحلي وغيره الاجماع عليه ـ ويشهد به صحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في وصية لم يشهدها الأمرأة فقضى ان تجاز شهادة المرئة في ربع الوصية ـ وصحيح (٢) ربعي عن الصادق عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصي فقال عليه السلام تجوز في ربع مااوصى بحساب شهادتها ونحوهما غيرهما وهي وان كانت في الربع الا انه يتعدى الى الربعين فمازاد بالاجماع المركب وقوله عليه السلام في صحيح ربعي بحساب شهادتها ـ ولا يعارضها صحيح (٣) ابراهيم بن محمد الهمداني المتقدم في امرأة شهدت بالوصية الدال على عدم قبولها ونحوه غيره لشذوذها ـ وموافقتها للعامة فلاتصلح لمعارضة ماتقدم .

ثم ان تمام الكلام في هذه المسأله في ضمن فروع -١- هل يجوز للمرئة ان تضعف الموصى به في الشهادة حتى يثبت تمام الوصية فتشهد فيمااوصى به بواحد باربعة كما عن كشف اللثام ـ امليس لها ذلك وجهان ـ يشهد للثاني مضافا الى انه كذب وتزوير وتدليس ـ مرسل (٤) يونس عن ابي عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الحق فيجحد حقه ويحلف انه ليس له عليه شيء وليس لصاحب الحق على حقه بينة ايجوز له احياء حقه بشهادات الزور اذا خشي ذهابه فقال عليه السلام لايجوز ذلك لعلة التدليس

واستدل كاشف اللثام للاول بمرسل (٥) عثمان بن عيسى عنه عليه السلام قال قلت له يكون للرجل من اخواني عندي الشهادة ليس كلها تجيزها القضاة عندنا قال عليه السلام اذا علمت انها حق فصححها بكل وجه حتى يصح له حقه ـ اقول وبمضمونه روايات اخر ـ كخبر (٦) داود بن الحصين عنه عليه السلام عن الرجل يكون عنده الشهادة وهؤلاء القضاة لايقبلون الشهادات الا على تصحيح مايرون فيه من مذهبهم و اني اذا اقمت الشهادة احتجت الى ان اغيرها بخلاف ما اشهدت عليه وازيد في الالفاظ مالم اشهد عليه والا

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ١٥-٢٦-٣٤

(٤) الوسائل باب ١٨ من كتاب الشهادات حديث ١

(٥-٦) الوسائل باب ٤ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢

لم يصح في قضائهم لصاحب الحق ما اشهدت عليه افيحل لي ذلك فقال عليه السلام اي والله و لك افضل الاجر و الثواب فصححها بكل ما قدرت عليه ممايرون التصحيح به في قضائهم و نحوه غيره و لكن ليس في شيء منها ما يجوز الكذب و التدليس بل في خبر(١) آخر لداود - بعد ان لاتكون تشهد الابحقه ولاتزيد في نفس الحق ماليس بحق - وعليه فان امكن التورية و ورت فلااشكال والافلايجوز .

٢ - هل يثبت النصف بشهادة الرجل لمساواته لامرأتين في المعنى كما عن العلامة الطباطبائي او الربع للفحوى كما عن القواعد و الروضة والمسالك امتسقط شهادته رأسا كما عن الايضاح وفي المستند و الجواهر - وجوه اقواهاالاخير في الشهادة عندالحاكم لعدم احراز المناط والنصوص لاتشمله - والاولوية ظنية

٣ - لايختص قبول شهادة المرئة فيهذه المسألةوسابقتها بصورةتعذر الرجال لاطلاق بعض نصوصهما لاحظها و كون الغالب في مورد المسألة السابقة عدم وجود الرجال لايصلح موجبا للانصراف المقيد للاطلاق - كماان كونمورد اكثر نصوص المسألة الاخيرة صورة التعذر لايوجب التقييد فماعن نهايةالشيخ والسرائر والقاضي وابن حمزةمن اشتراط ذلك ضعيف .

لا يحل للشاهدان يشهد الامع العلم

(الفصل السادس في بقية مسائل الشهادات الاولى لايحل للشاهدان يشهد الامع العلم) بلاخلاف ويشهد به مضافاً الى انالشهادة اخبار فلا تجوز معءدم ثبوت المخبر عنه لديه - فان قيل انالمحرم هو الكذب وهوالاخبار عن المخالفللواقع فلولم يحرز ذلك يشك في كونه كذبا فمقتضى اصالة البرائة جوازه - قلنا انه من شك في المخالفة للواقع والموافقة يحصل لهالعلم الاجمالي بانهاماان يكوناخباره بذلك او بنقيضه كذبا و هذا العلم الاجمالي يمنع عن جريان البرائة في شيء من

(١) الوسائل باب٤ من كتاب الشهادات حديث١

الطرفين ومقتضاه لزوم الاحتياط بترك الاخبار بكل منهما

جملة من النصوص- كخبر (١) على بن غياث عن الصادق عليه السلام لاتشهدن بشهادة حتى تعرفها كما تعرف كفك ونحوه خبر (٢) على بن غراب عنه عليه السلام و مرسل (٣) الصدوق وروى انه لاتكون الشهادة الابعلم - والنبوى (٤) المروى- فى الشرايع - وقدسئل عن الشهادة قال صلى الله عليه وآله هل ترى الشمس على مثلها فاشهد اودع- وخبر (٥) الحسين بن سعيد كتب اليه جعفر بن عيسى جعلت فداك جائنى جيران لنا بكتاب زعموا انهم اشهدونى على مافيه و فى الكتاب اسمى و خطى قد عرفته و لست اذكر الشهادة وقد دعونى اليها فاشهد لهم على معرفتى ان اسمى فى الكتاب و لست اذكر الشهادة اولايجب الشهادة على حتى اذكرها كان اسمى بخطى فى الكتاب اولم يكن فكتب عليه السلام لاتشهد - وقوى (٦) السكونى عن الصادق عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاتشهد بشهادة لاتذكرها-ومادل (٧) على انه يجوز شهادة الضرير اذاحفظ الشهادة وحفظ الوقت - وماورد (٨) فى الشهادة على المرئة الدال على انه لابأس بالشهادة على اقرار المرئة ان عرفت بعينها او حضر من يعرفها والا لا يجوز ان يشهد عليها الا بان تسفر وينظر اليها الى غير تلكم من النصوص الواردة فى الابواب المختلفة وهذا ممالااشكال فيه .

انما الكلام فى ان جمعا من الاصحاب اضافوا الى ذلك اعتبار ان يكون العلم حاصلا من الرؤية او السماع- ثم لما رأوا ان بعض الاشياء لايحصل العلم به من طريق السمع والبصر بل يكون ذلك بالذوق والشم كماء الورد الذى يراد الشهادة بكونه مغصوبا مثلا اضاف اليه بعضهم او الحاصل من ساير الحواس- وايضاً توجهوا الى ان بعض الامور لايحصل العلم

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٠ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٣

(٥-٦) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤

(٧) الوسائل باب ٤٢ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٨) الوسائل باب ٤٣ من كتاب الشهادات حديث ١

به من احد الحواس الظاهرية كالنسب والملك وما شاكل استثنوا تلكم الموارد وحكموا بالاكتفاء بالعلم الحاصل من الاستفاضة فى تلكم الموارد وانهى الشهيد تلكم الموارد الى تسعة ـ النسب والملك المطلق والوقف والنكاح والموت والولاية والولاء والعتق والرق ـ والظاهر ان كل ذلك فى غير محلها فانه لادليل على شىء من ذلك ولايعتبر فى الشهادة سوى العلم من اى طريق حصل وذلك فى جميع الموارد نعم ـ سياتى الكلام فى الموارد التى لايمكن حصول العلم فيها

ثم ان الاصحاب لما رأو ورود روايات بجواز الشهادة مع اخبار ثقتين بشىء او كون الشىء بيد الشخص أوما شاكل ـ لاحظ خبر (١) عمر بن يزيد قلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يشهدنى على شهادة فاعرف خطى و خاتمى ولا اذكر من الباقى قليلا ولا كثيرا فقال لى عليه السلام اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له ـ وصحيح (٢) على بن يقطين عن ابى الحسن الاول عليه السلام لا بأس بالشهادة على اقرار المرئة و ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها او حضر من يعرفها ـ وخبر (٣) حفص بن غياث عن ابى عبدالله عليه السلام قال قال له رجل اذ ارأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى ان اشهد انه له قال عليه السلام نعم قال الرجل اشهد انه فى يده ولااشهد انه له فلعله لغيره فقال ابوعبدالله عليه السلام افيحل الشراء منه قال نعم فقال ابوعبدالله عليه السلام فلعله لغيره فمن اين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكا لك ثم تقول بعد الملك هو لى وتحلف عليه ولايجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك الحديث

التزم بعضهم كالصدوق وغيره برد ماتضمن الشهادة باخبار عدلين لمنافاته مع مادل على اعتبار العلم فى الشهادة ، وقال بعض آخر بان الرواية ضعيفة لايعتمد عليها ـ مع انها معتبرة وعمل بها قدماء اصحابنا ـ و التزم ثالث بكفاية الظن و عدم اعتبار

---

(١) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ١

(٢) الوسائل باب ٤٣ من كتاب الشهادات حديث ١

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ٢

العلم وفى الشهادة مستندةالى اليدالتزموا بالتخصيص

ولكن الحق عدم تمامية شيء من ذلك ولاينافى شيءمن هذه النصوص مع ما دل على اعتبار العلم فى الشهادة ـ توضيح ذلك ان للعلم جهات ثلاث ـ احداها كونهصفة من صفات النفس قائمة بها قيام الوصف بالموصوف اوقيام الفعل بالفاعل على اختلاف المسلكين فى حقيقة العلم ـ ثانيتها كونه طريقا الى الواقع ومبرزاً له و كاشفا عنه وهذه الجهة ذاتية للعلم حتى قالوا ان حقيقة العلم حقيقةطريقية الى الواقع بل ليس الاالعلم الاالطريق التام ولذلك يطلق عليه النور ـ ثالثتها انه يوجب الجرى العملى على طبق الواقع فان الوجودات الواقعية غيرمحركة للعضلات نحوالفعل ولذايمكن ان يموت الشخص عطشانا وعنده ماء لايعلم به و هذا بخلاف مالوعلم به فانه بطبعه يتصدى للشرب ـ وعلى ذلك فان اخذ العلم من الجهة الثانية فى الموضوع كماهو الظاهرمن اخذه فى الموضوع يقوم الامارات اعم من البينة واليد وغيرهما مقامه ـ فهذهالنصوص لاتنافى مع مادل على اعتبار العلم فى جوازالشهادة بل لولم يكن هذهالروايات لكناملتزمين بذلك فهى مطابقة للقاعدة ـ وللبحث فى وجه قيام الامارات مقام العلم الماخوذفى الموضوع على وجه الطريقية محل آخر وقد حققناه فى الاصول .

وبماذكرناه يظهر انه لودل دليل على جواز الشهادة مستندة الى الاستصحاب لم يكن ذلك منافيا لنصوص اعتبار العلم فى جواز الشهادة بل كان ذلك كاشفا من اخذ العلم من الجهة الثالثة فى الموضوع فان المجعول فى باب الاستصحاب هوالجرى العملى الذى هوجهة ثالثة للعلم ـ نعم لولم يكن دليل على ذلك كان مقتضى القاعدة عدم القيام اذاالظاهرمن اخذ العلم فى الموضوع اخذه فيه بما انه طريق الى الواقع وبما ذكرناه يظهرمافى الجواهروغيرها ممافيد فى المقام .

البناء فى الشهادة على الاستصحاب

بقى الكلام فى امور ـ ١ـ انههل تجوزالشهادةمستندةالى الاستصحاب وهل يدل

عليه دليل ام لا قد يقال ان صحيح (١) معاوية بن وهب يدل على ذلك قال قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل يكون في داره ثم يغيب عنها ثلثين سنة ويدع فيها عياله ثم ياتينا هلاكه ونحن لاندرى ما احدث فى داره ولاندرى ما احدث له من الولد الا انا لانعلم انه احدث فى داره شيئا ولا حدث له ولد ولاتقسيم هذه الدار على ورثته اللذين تركوا فى الدار حتى يشهد شاهدا عدل ان هذه الدار دار فلان بن فلان مات وتركها ميراثا بين فلان وفلان أو تشهد على هذا قال عليه السلام نعم - وجه الدلالة انه يدل على جواز الشهادة بكون الدار لفلان وانه لاوارث له غير من ترك في الدار وكلاهما ثابتان بالاستصحاب.

واجيب عنه تارة بما عن التحرير بانه يحمل على ارادة حصول العلم باعتبار خلطه واطلاعه - ويرده تصريح السائل بانا لاندرى ما احدث فى داره ولاندرى ما احدث له من الولد.

واخرى بما فى الجواهر بانه يحمل على ارادة الشهادة بما يعلم به اى كون الدار له قبل سنين ولم يكن له وارث غير الموجودين فى الدار ثم الحاكم بنفسه يستصحب بقاء الملكية وعدم الوارث بشهادة خبره (٢) الاخر قلت له ان ابن ابى ليلى يسئلنى الشهادة عن هذه الدار مات فلان وتركها ميراثا وانه ليس له وارث غير الذى شهدنا له قال عليه السلام اشهد بما هو علمك - قال فى توضيح ما افاده ان المراد بالشهادة بالاستصحاب ان كان بالمستصحب فهى شهادة بعلم لا بالاستصحاب ولامدخلية للاستصحاب فى ذلك وان اريد الشهادة بالاستصحاب بمعنى الشهادة الان بشغل الذمة وكونها زوجته وان لم يكن عالما بذلك بل كان مستند ذلك علمه السابق فلاريب فى عدم صدق تعريف الشهادة عليه بل هو شاهد بما لايعلم الى آخر ما افاده - وفيه ان الخبر الثانى انما يدل على الامر بالشهادة بالعلم فلو دل الدليل على جواز الشهادة بالاستصحاب كان ذلك حاكما عليه ودالا على ان المراد بالعلم فيه العلم بما انه مقتض للجرى العملى واما ما افاده من انه لو شهد بالاستصحاب كان شاهدا بما لا يعلم فقد مر جوابه.

(١-٢) الوسائل باب ١٧ من كتاب الشهادات حديث ٢-١

وثالثة بانه ينافيه ذيله - قلت الرجل يكون له العبد والامة فيقول ابق غلامى اوابقت امتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى البينة ان هذا غلام فلان لم يبعه ولم يهبه افنشهد على هذا اذا كلفناه ونحن لا نعلم انه احدث شيئاً فقال عليه السلام كلماغاب من يدالمرء المسلم غلامه اوامته أوغاب عنك لم تشهدبه (وفيه) ان معاوية بنفسه روى(١)عن ابى عبدالله عليه السلام رواية اخرى مصرحة بجواز الشهادة فى المورد ايضاً - قال قلت له الرجل يكون له العبد والامة قد عرف ذلك فيقول ابق غلامى اوامتى فيكلفونه القضاة شاهدين بان هذا غلامه اوامته لم يبع و لم يهب أنشهد على هذا اذا كلفناه قال عليه السلام نعم - والجمع بينهما يقتضى البناء على مرجوحية الشهادة فى المورد كما عن المحدث الكاشانى ره الجمع بينهما بذلك وتبعه المحقق النراقى .

فان قيل ان الشهادة ان كانت جائزة تكون واجبة فلامعنى لمرجوحيتها - قلنا - ان الواجب هو الشهادة بماعنده لا بالملك المطلق والشيء المستصحب مطلقا - فالمراد لم يشهد انه كذاو كذافعلاوان وجبت بانه كان كذاو كذاسابقا - فالاظهر تمامية دلالته و كذا خبره الاخير ولكنه بالنسبة الى عدم الوارث غير الموجودين فى الدار واما بالنسبة الى بقاء الملكية فيمكن ان يكون الوجه فيه يد المالك فان المفروض ان الدار تحت تصرفه وسلطنته بالتسبيب ومثل هذا اليد ايضاً كاشفة عن الملكية - فمانسب الى المشهور من جواز الشهادة بالاستصحاب هو الاقوى .

٢- وقدظهر مماذكرناه ان الاكتفاء بالشهادة بالامارة والاستصحاب لايستلزم جواز الاكتفاء بكل ظن غير معتبر (و) عليه ف **(لايكفى رؤية الخط مع عدم الذكر)** وعدم قيام البينة على انه خطه - كمادل على ذلك خبر(٢) عمر بن يزيد قلت لابى عبدالله عليه السلام الرجل يشهدنى على شهادة فاعرف خطى وخاتمى ولااذكر من الباقى قليلاولا كثيرا فقال عليه السلام لى اذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهدله - فانه بالمفهوم يدل على

---

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب الشهادات حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٨ من كتاب الشهادات حديث ١

عدم جوازه من دون قيام البينة عليه وخبر(١) حسين بن سعيد كتب اليه جعفر بن عيسى جعلت فداك جائنى جير انلنا بكتاب زعموا انهم اشهدونى على مافيه وفى الكتاب اسمى بخطى قدعرفته ولست اذكر الشهادة وقد دعونى اليها فاشهدلهم على معرفتى ان اسمى فى الكتاب ولست اذكر الشهادة اولاتجب الشهادة على حتى اذكرها كان اسمى بخطى فى الكتاب اولم يكن فكتب عليه السلام لاتشهد ـ وقوى (٢) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاتشهد بشهادة لاتذكرها فانه من شاء كتب كتابا ونقش خاتما .

ومن الخبر الاول يظهر جواز الشهادة مع قيام البينة بانه خطه وخاتمه وبذلك يظهر مافى كلامه قده حيث قال(**وان اقام غيره**).

٣ ـ (**و**)قد تقدم انه(**يكفى فى الشهادة بالملك مشاهدته متصرفا فيه**) لليد ـ وقددل عليه النص (٣) واما الكلام فى انه هل يكفى مجرد اليد ام يعتبر كونه متصرفافيه فمحرر فى رسالة القواعد الثلاث كماان كثيرا من احكام اليد مذكورة فيها ـ وللقوم كلمات فى المقام يظهرما فيها مما اسلفناه ـ واغرب من الجميع مافى النافع قال والاولى الشهادة بالتصرف لانه دلالة على الملك وليس بملك ـ اذبعد تسليم الدلالة على الملك لاوجه لعدم الشهادة به وتوجيهه بان مراده انه لاتكون الملكية ثابتة بالرؤية والسماع ويعتبر فى الشهادة ان يكون المشهود به ثابتا باحد الطريقين ـ افسد فانه لاوجه لاعتبار ذلك سوى تصريح جماعة من الفقهاء به وهم بانفسهم قد صرحوا باستثناء امور منها الملكية وكيف كان فقد ظهر مما حققناه ما هو الحق فى المقام .

(١-٢) الوسائل باب٨ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤

(٣) الوسائل باب ٢٥من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء حديث٢

البناء فى الشهادة على الشياع

٤ـ (و)قدصرح الاصحاب بانه (**يثبت بالشياع**)امور وان اختلفوا فى تعداد تلك الامور ـ فمنهم من خصها بالنسب كالاسكافى ـ وفى المتن والنافع عدها اربعة (**النسب والملك المطلق والوقف و الزوجية**) وعن الخلاف جعلها ستة بزيادة الولاء والعتق ـ وعن القواعد سبعة بزيادة الموت والولاية للقاضى ونقص الولاء ـ وعن التحرير ثمانية بزيادة الولاء ـ وعن بعضهم تسعة بزيادة الرق والعدالة ونقص الولاية ـ وعن جمع من المتاخرين عدم حصرها فى امور مخصوصة بل جوزوها فى كل ماتعذر فيه المشاهدة فى الاغلب ـ ثم انهم اختلفوا من جهة اخرى وهى ان الشياع الذى يجوز الاستناد اليه فى الشهادة هل يعتبر فيه ايرائه العلم كما عن المحقق فى الشرايع والنافع والمصنف ره فى جملة من كتبه و غيرهما ام يكفى الظن المتاخم للعلم كما عن الارشاد واللمعتين والدروس والمسالك ـ ام يكفى مطلق الظن كما عن الخلاف والمبسوط .

اقول نخبة القول فى المقام ان الشياع ان افاد العلم جاز الشهادة فيها وفى غيرها من الموارد لما تقدم من انه لايعتبر فى جواز الشهادة سوى العلم من اى سبب حصل ولا يعتبر الرؤية والسماع وما شاكل ـ وان لم يحصل العلم ـ فان حصل الظن المتاخم للعلم المعبر عنه بالاطمينان الذى هو علم عرفى فكك لانه حجة عند العقلاء ولم يردع الشارع الاقدس عنه وقدمر قيام الامارات مقام العلم المأخوذ فى الموضوع وان لم يحصل منه ذلك ايضاً بل كان الحاصل هو الظن المطلق فمقتضى مادل على اعتبار العلم او ما يقوم مقامه فى جواز الشهادة عدم جوازها .

وقد استدل على الجواز بوجوه بعضها يختص ببعض تلكم الموارد وبعضها يعم الجميع .

منها مرسل (١) يونس عن الصادق عليه السلام عن البينة اذا اقميت على الحق ايحل للقاضى ان يقضى بقول البينة اذا لم يعرفهم من غير مسألة قال فقال عليه السلام خمسة اشياء يجب على الناس ان ياخذوا فيها بظاهر الحكم ـ الولايات ـ والتناكح ـ والمواريث ـ والذبائح ـ والشهادات ـ فاذا كان ظاهره ظاهرا مامونا جازت شهادته ولايسأل عن باطنه ـ بتقريب ان المراد بالحكم هى النسبة الخبرية وظهور هذه النسبة عبارة عن الشيوع والاستفاضة فيدل المرسل على انه يجوز الاخذ بهذا الظهور الخبرى فى هذه الامور الخمسة (وفيه) ان الظاهر ان المراد من الحكم النسبة لا الخبرية وظهور النسبة عبارة عن ظهور الحال وهو غير ظهور الخبر عنها وشيوعه ـ الاترى انه ربما تكون عدالة زيد أو ولديته لعمرو ظاهرة ولكن الخبر عنها ليس شايعا ـ والشاهد على ارادة ذلك من الحكم مضافا الى ظهوره فى ذلك قوله عليه السلام فى ذيل المرسل فاذا كان ظاهره .. الخ فانه صريح فى ان الظاهر مقابل الباطن وعن بعض نسخ التهذيب ـ وفى مرفوع (٢) المقرى ـ ظاهر الحال بدل ظاهر الحكم وعليه فالامر اوضح.

ومنها ـ صحيح (٣) حريز ـ المتضمن لقصة اسماعيل ـ وفيه فقال اسماعيل يا ابه انى لم اره يشرب الخمر انى سمعت الناس يقولون فقال عليه السلام يا بنى ان الله يقول فى كتابه يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم ولا تاتمن شارب الخمر ـ بتقريب انه عليه السلام امر بترتيب آثار الواقع على مجرد قول الناس الذى هو عبارة عن الشياع وجعل عليه السلام من يقول الناس انه يشرب الخمر شارب الخمر (وفيه) ان المامور به ليس ترتيب آثار الواقع باجمعها بل خصوص ماينفع المخبر اليه ولا يضر المخبر عنه وان شئت قلت انه لاملازمة بين تصديق المخبر المأمور به فى الخبر وبين العمل على طبقه ـ ويشهد لماذكرناه قوله عليه السلام فى خبر (٤) آخر

(١-٢) الوسائل باب ٢٢ من ابواب كيفية الحكم من كتاب القضاء

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب الوديعة حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥٧ من احكام العشرة كتاب الحج حديث ٤

كذب سمعك وبصرك عن اخيك فان شهد عندك خمسون قسامة وقال قولا فصدقه وكذبهم ـ فانه عليه السلام امر بتكذيب خمسين قسامة وتصديق قول الواحد وليس ذلك الالما ذكرناه .

ومنها ان الظن الحاصل من الشياع اقوى من الظن الحاصل من البينة العادلة فمادل على جواز الشهادة مستندة اليها يدل بالاولوية على جوازها مستندة الى الشياع (وفيه) انه لم يثبت كون ملاك حجية البينة افادتها الظن بل الثابت خلافه ـ فانه يجوز الشهادة لوقامت وان لم يحصل الظن

ومنها اجراء دليل الانسداد فى كل ما يعسر اقامة البينة عليه كالنسب والوقف وماشاكل بتقريب ان تحصيل العلم فيها عسر وكك البينة العادلة ويلزم من اجراء الاصل من اصالة عدم النسب اوعدم الوقف الوقوع فى خلاف الواقع كثيرا والاحتياط متعذر او متعسر فلا مناص عن التنزل الى الظن لقبح ترجيح المرجوح على الراجح (وفيه) اولا ان ثبوت تلكم الامور بالامارات القائمة عليها ـ كقاعدة الفراش واقرار من بيده المال وما شاكل ليس متعذرا ولا متعسرا ـ وثانيا ـ ان المقدمة الثانية لاتفيد مالاينضم اليها ان الوقوع فى خلاف الواقع مناف لغرض الشارع اذ لولم يحرز ذلك كما فى باب الطهارة لما كان محذور فى اجراء الاصل وحيث انه غير ثابت فلايتم هذا الدليل.

فالمتحصل مما ذكرناه انه لايجوز الشهادة مستندة الى الشياع فى شىء من الموارد مالم يحصل منه العلم او الاطمينان الذى هو حجة عقلائية .

لايعتبر فى جواز الشهادة استدعاء المشهود عليه

٥ ـ **(و)** يصير الشاهد متحملا للشهادة بما يكون مثبتا لما يشهد به كما **(لوسمع الاقرار)** وان لم يستدعه المشهود على تحمل الشهادة فيجوز له ان يـ **(شهد و)** كذا **(لو قيل له لاتشهد)** ولايتحمل الشهادة من غير فرق بين كون ماثبت عندما يوجب

حكما عليه اوله بلاخلاف اجده فيه الامن الاسكافى فى الثانى ومايأتى وهو شاذ لايعبأ به كذا فى الرياض ـ ويشهد بذلك كله عمومات الادلة ـ اذلم يدل دليل على اعتبار ازيد من العلم بمايشهد به أوما يقوم مقامه وخصوص جملة من النصوص ـ كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام ـ اذا سمع الرجل الشهادة ولم يشهد عليها فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت ـ ومثله صحيح (٢) هشام وزاد وقال اذا اشهد لم يكن له الا ان يشهد ـ ومثل صحيح محمد موثقه (٣) مع زيادة الا اذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل له الا ان يشهد ـ وصحيحه (٤) الاخر عنه عليه السلام فى الرجل يشهد حساب الرجلين ثم يدعى الى الشهادة قال عليه السلام ان شاء شهد وان شاء لم يشهد الى غير تلكم من النصوص الاتية جملة اخرى منها .

وهذه النصوص تدل على جواز الشهادة مع عدم الاستدعاء فبالملازمة تدل على تحقق التحمل بمجرد السماع مع عدم الاستدعاء ـ نعم فى انه هل يجوز للحاكم ان يحكم لمن شهدت البينة له مع عدم اقامة ذى الحق اياها او نهيه عن الشهادة كلام نظرا الى ان اقامتها حق له فله اسقاطها بل له رفع اليد عن الدعوى ـ وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى كتاب القضاء ولانعيد .

فى حرمة كتمان الشهادة

(**الثانية**) فيما يتعلق بتحمل الشهادة وادائها ـ والكلام فيها فى طى فروع.

١ـ ان من تحمل الشهادة ـ تارة يكون ذلك باستدعاء صاحب الحق للتحمل ـ واخرى يكون بدونه فان كان باستدعائه ـ فلاخلاف بينهم ـ فى انه (**لايجوز للشاهد كتمان الشهادة مع العلم**) أومايقوم مقامه ويجب ادائها بل حكاية الاجماع عليه مستفيضة ـ ويشهد به قوله تعالى (٥) « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٥ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢-٤-٥

(٥) سورة البقرة آية ٢٨٣

قلبه » وقوله تعالى (١) « كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين » والمروى (٢) بعدة طرق عن جابر عن الباقر عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرأ مسلم - او ليزوى بها - وعن الفقيه ليثوى بها - مال امرأ مسلم اتى يوم القيامة ولوجهه ظلمة مد البصر وفى وجهه كدوح يعرفه الخلائق باسمه ونسبه ومن شهد بشهادة حق ليحيى بها حق امرؤ مسلم اتى يوم القيامة ولوجهه نور مد البصر تعرفه الخلائق باسمه ونسبه - ثم قال ابو جعفر عليه السلام الاترى ان الله عزوجل يقول واقيموا الشهادة لله - وخبر (٣) الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهى انه نهى عن كتمان الشهادة قال ومن كتمها اطعمه الله لحمه على رؤوس الخلائق وهو قول الله عزوجل « ولا تكتموا الشهادة » الاية - وخبر (٤) يزيد بن سليط عن موسى بن جعفر عليه السلام في حديث النص على الرضا عليه السلام وان سئلت عن الشهادة فادها - فان الله تعالى يقول ان الله يامركم ان تؤدوا الامانة الى اهلها وقال ومن اظلم ممن كتم شهادة عنده الله الى غير تلكم من النصوص الكثيرة .

وان لم يكن التحمل باستدعائه - فالمشهور بين المتاخرين بل في المسالك نسبته الى المشهور بين الاصحاب حرمة الكتمان ووجوب الاداء ايضاً - وعن جماعة من القدماء منهم لشيخ وابن الجنيد وابو الصلاح بل نسب الى المشهور بينهم عدم الوجوب وانه بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد - ومنشأ الاختلاف ان اطلاق الايات والروايات المتقدمة دالة على الوجوب وحرمة الكتمان مطلقا - وفي المسالك ولانها امانة جعلت عنده فوجب عليه الخروج منها كما ان الامانات المالية تارة تحصل عنده بقبولها كالوديعة وتارة بغيره كتطير الريح .

---

(١) سورة النساء آية ١٣٥

(٢-٣-٤) الوسائل باب ٢ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤-٥

وجملة من النصوص الخاصة منها ما تقدم فى المسألة السابقة تدل على انه بالخيارفى الشهادة وعدمها .

وقد جمع بين الادلة فى الرياض بالبناء على انه مع الاستدعاء يكون وجوب الاداء عينيا وبدونه يكون واجبا كفائيا ـ ويرده ان ظاهر النصوص الخاصة هوجواز الترك وان لم يكن شاهدآخراو كان ولم يشهد ـ مع ان الواجب الكفائى يصير عينيا مع ترك الباقى ـ اضف اليه ، ماسياتى من تسالم الاصحاب على كونه مع الاستدعاء ايضاً كفائيا .

وعن المختلف جعل النزاع لفظيا لامعنويا نظرا الى انه فرض كفاية فيجوز تركه اذاقام غيره مقامه ولولم يقم غيره مقامه وخاف لحوق ضرر بابطال الحق وجب عليه اقامة الشهادة ولا فرق بين ان يشهد من غير استدعاء وبين ان يشهد معه(وفيه) ـ انه فى النصوص الخاصة فصل الامام عليه السلام بين مالودعى الى الشهادة فحكم عليه السلام بوجوب الاداء ـ و بين ما لولم يدع الى ذلك فحكم بانه بالخيار فالنزاع معنوى قطعا.

و ظاهر المسالك و صريح النافع التوقف فى المسألة ولا وجه له فان تعين حمل المطلق على المقيد ولو كان المطلق الكتاب والمقيد الخبر ظاهر والنصوص الخاصة صحيحة الاسناد واضحة الدلالة ـ فلا وجه للتوقف فى عدم الوجوب

ثم انه على المختار من عدم الوجوب انما هو فيما اذا لم يعلم الشاهد ذهاب حق المحق بسكوته كما صرح به جماعة منهم الصدوق فى الفقيه والشيخ فى النهاية على المحكى ـ ويشهد بهموثق (١) محمد المتقدم، ومرسل (٢) يونس عن الصادق عليه السلام اذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليه فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء سكت الا اذا علم من الظالم فيشهد ولايحل له ان لايشهد ـ وخبر (٣) على بن احمد بن اشيم عن ابى الحسن عليه السلام عن رجل طهرت امرئته من حيضها فقال فلانة طالق وقوم يسمعون كلامه لم يقل لهم اشهدوا ايقع الطلاق عليها قال عليه السلام نعم هذه شهادة افيتركها

(١-٢-٣) الوسائل باب ٥ من كتاب الشهادات حديث ٤ـ١٠ـ٩٥٨

معلقة قال وقال الصادق عليه السلام العلم شهادة اذا كان صاحبه مظلوما

ثم ان ظاهر الادلة المتقدمة الدالة على وجوب اداء الشهادة كونه عينيا الاان ظاهر الاصحاب بل صريح جماعة منهم الاتفاق على انه على الكفاية و في الجواهر بل استفاض في عباراتهم نقل الاجماع ونفي الخلاف على ذلك مؤيدا بظهور كون الحكمة في وجوب الاداء وحرمة الكتمان ضياع الحق ومن المعلوم عدم توقف ذلك على شهادة الجميع و انه يكفي فيه ما يقوم به من الشهود دون ما زاد و هذا معنى الكفائي انتهى-اقول ومرجع هذا الوجه الى انه بقرينة مناسبة الحكم و الموضوع يستفاد الكفائية من النصوص و يمكن ان يقال انه حيث يكون المقصود و الغرض من وجوب اداء الشهادة انما يحصل باداء شاهدين فالمأمور به هو ذلك فاذا وجه الخطاب الى جماعة بفعل واحد قائم ببعضهم كان ذلك ظاهرا في كونه واجبا كفائيا على الجميع - ويؤيده خبر جابر المتقدم ومن كتم شهادة او شهد بها ليهدر دم امرأ مسلم او ليروى بها مال امرأ مسلم اتى يوم القيمة و لوجهه ظلمة مد البصر حيث انه يدل بالمفهوم على ان من يؤد الشهادة لغير ذلك و منه عدم الحاجة الى شهادته لم يكن كك - فلااشكال في الكفائية و بذلك ظهر ما في الرياض من جعل وجوبها عينيا على تقدير الاستدعاء.

ولايتوقف الوجوب الكفائي على توقف احقاق الحق عليها - بل لو علم بانه ان لم يشهد لايذهب الحق من جهة ان المنكر لايحلف و يرد اليمين على المدعي وهو يحلف يجب اداء الشهادة بل يجب ما لم يعلم بقيام الغير بذلك كما هو الشان في جميع الواجبات الكفائية - و بذلك يظهر الفرق بين القول بالوجوب الكفائي على تقدير عدم الاستدعاء وعدمه الامع توقف احقاق الحق على شهادته.

ثم ان وجوب اداء الشهادة انما هو **(مع انتفاء الضرر غير المستحق)** المترتب بسبب الشهادة على الشاهد أو المشهود عليه أو بعض المؤمنين والافلايجب بلاخلاف اجده فيه كذا

فى الجواهر وفى الرياض اجماعا بل يحرم - ومدرك الحكم حديث (١) لاضرر ولا ضرار - وخصوص خبر (٢) على بن سويد عن ابى الحسن عليه السلام فاقم الشهادة لله ولو على نفسك او الوالدين والاقربين فيما بينك وبينهم فان خفت على اخيك ضيما فلا - وخبر (٣) محمد بن القاسم بن الفضيل عن ابى الحسن عليه السلام الوارد فى المعسر المديون قلت له وان كان عليه الشهود من مواليك قد عرفوه انه لايقدر هل يجوز ان يشهدوا عليه قال عليه السلام لايجوز ان يشهدوا عليه ولاينوى ظلمه - وحسن (٤) داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام اقيموا الشهادة على الوالدين والولد ولاتقيموها على الاخ فى الدين الضير قلت وما الضير قال عليه السلام اذا تعدى فيه صاحب الحق الذى يدعيه قبله خلاف ما امر الله به ورسوله ومثل ذلك ان يكون لاخر على آخرين وهو معسر وقد امر الله تعالى بانظاره حتى ييسر فقال تعالى فنظرة الى ميسرة و يسألك ان تقيم الشهادة و انت تعرفه بالعسر فلايحل لك ان تقيم الشهادة فى حال العسر .

و يلحق بذلك مالو كان اداء الشهادة موجبا للعسر و الحرج كما لو توقف على المسافرة الى بلد آخر يشق عليه تلك فان مقتضى قاعدة نفى الحرج و العسر الثابتة بالكتاب (٥) والسنة (٦) عدم وجوبه - نعم فى هذه الصورة لو تحمل المشقة وشهد جاز وفى الصورة السابقة ظاهر النصوص الخاصة عدم الجواز والله العالم.

ثم انه قال فى الجواهر يمكن ان يكون محل كلامهم فى المقام فى خصوص الشهادة فى صورة المخاصمة التى تقام عند الحاكم واما الشهادة فى غيرها كالشهادة

---

(١) الوسائل باب ١٢ من كتاب احياء الموات وباب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجارة

(٢) الوسائل باب ٣ من كتاب الشهادات

(٣-٤) الوسائل باب ١٩ من كتاب الشهادات حديث ١-٣

(٥) الحج آية ٧٧ المائدة آية ٩ البقرة آية ١٨٥

(٦) الوسائل باب ٨و٩ من ابواب الماء المطلق - وباب ٩ من ابواب الماء المضاف وباب ٣٩ من ابواب الوضوء وغير تلكم من الابواب

بالاجتهاد والعدالة ونحوها ممالاترجع الى مخاصمة عند الحاكم ويراد اثباتهاعنده فلايبعدالقول بوجوبها عينا على كلمن كانت عنده ولامدخلية لكيفية التحمل فيها لظهور الادلة السالمة عنالمعارض بالنسبة الىذلك بعد تنزيل الاجماعات المزبورة على غير هذه الصورة التى لاغرض بمقدار مخصوص منها بل ربما كان الغرض تعدد الشهادة فيها لكونه اتم للمقصود انتهى (و فيه) انه بعد حمل الادلة على الوجوب الكفائى كيف يبنى على وجوبها العينى - معانالوجه المذكور للوجوب الكفائى فى غيرهذهالصورة جار فيهاايضا - واما الاخبار (١) الدالة على عدم وجوب الشهادة فى صورة عدم الاستدعاء فبعضها وان اختص بصورة المخاصمة الا ان بعضها الاخر المتقدم مطلق فلاوجه لعدم البناء عليهفالاظهر هوعدمالفرق .

وجوب تحمل الشهادة

٢ -**(ولودعى للتحمل وجب على الكفاية)** كما عن الشيخ فى النهاية و المفيد و الاسكافى والحلبى والقاضى وابن زهرة والمحقق والمصنف والشهيدين وغيرهم - وفى المسالك انه المشهور - وفى الجواهر انهالمشهور بين الاصحاب شهرة عظيمة ويشهدبهقولهتعالى(٢) « ولاياب الشهداء اذا مادعوا » قال فى المسالك فى تقريب الاستدلال بهانهشامل بعمومه الامرين اومختص بهذهالحالة .

و يشهد لارادة الخاص منه - صحيح (٣) هشام عن الصادق عليه السلام عنهذهالاية الكريمة قال عليه السلام قبل الشهادة و قوله و من يكتمها فانه آثم قلبه قال عليه السلام بعد الشهادة -وصحيح(٤) ابى الصباح عنه عليه السلام فىقوله تعالى ولاياب الشهداء اذامادعوا قال عليه السلام لاينبغى لاحد اذادعى الى شهادة ليشهد عليها ان يقول لااشهدلكم عليها -

(١) الوسائل باب٥ من ابواب الشهادات

(٢) سورة البقرة آية ٢٨٢

(٣-٤)الوسائلباب١من كتاب الشهادات حديث١-٢

وصحيح(١) محمد بن الفضيل عن ابى الحسن عليه السلام في الاية الكريمة قال عليه السلام اذا دعاك الرجل لتشهد له على دين أو حق لم ينبغ لك ان تقاعس - وموثق (٢) سماعة عن ابى عبدالله عليه السلام في الاية - لاينبغى لاحد اذا دعى الى شهادة ليشهد عليها ان يقول لا اشهد لكم - الى غير تلكم من النصوص الكثيرة .

وعن الحلى عدم وجوب التحمل ونسب ذلك الى طائفة والى الشيخ في المبسوط - واستدل له بالاية الكريمة بدعوى ان الله تعالى سماهم شهداء ونهاهم عن الاباء اذا ما دعوا اليها وانما يسمى شاهدا بعد تحملها فالاية بالاداء اشبه واجاب عن النصوص المتقدمة بانها اخبار آحاد لايعتمد عليها (وفيه) ان الاية في معرض الارشاد بالاشهاد لانه تعالى امر بالكتابه حال المداينة ونهى الكاتب عن الاباء ثم امر بالاشهاد ونهى الشاهد عن الاباء فسياق الاية يقتضى ارادة المعنى المذكور - مع انها فسرت في النصوص بذلك فما افاده اجتهاد في مقابل النص - ودعوى انها اخبار احاد - يدفعها مضافا الى استفاضتها ان الخبر الواحد الصحيح أو الموثق حجة عندنا - وفي نصوص المقام طائفة من الصحاح والموثقات - ولذلك قال المصنف ره في محكى المختلف بعد نقل ما ذكر عن الحلى ونسبة ذلك الى انه من اخبار الاحاد مع دلالة القران عليه واستفاضة الاخبار به وفتوى متقدمى علمائنا به جهل منه وقلة تامل .

وفي الجواهر قرب دلالة الاية الكريمة على الاستحباب بانها على طولها مشتملة على الاداب بل ملاحظة ماقبلها ومابعدها وانها على مساق واحد خصوصا ما كان منها مثل اللفظ المزبور نحو قوله ولاياب كاتب فضلا عن قوله ولاتسئموا الى آخرها فان ذلك كله يورث الظن القوى بكون ذلك منها انتهى (وفيه) اولا ماحقق في محله من ان الوجوب والاستحباب وكذا الحرمة والكراهة امران انتزاعيان من الترخيص في مخالفة ماتعلق به الامر او النهى وعدمه والا فالموضوع له والمستعمل فيه في الموردين واحد فلامورد للتمسك بوحدة السياق وحيث ان التكليف توجه بالاباء عن التحمل

(١-٢) الوسائل باب ١ من كتاب الشهادات حديث ٢-٥

ولم يرخص في مخالفته فيتعين البناء على انه لزومي - وثانيا - ان جملة من النصوص متضمنة للنهي عنه - لاحظ قوله عليه السلام في صحيح ابن فضيل لم يسع لك الخ وفي خبر داود(١) بن سرحان عن الصادق عليه السلام لا ياب الشاهد ان يجيب حين يدعى قبل الكتاب ولفظ لا ينبغي الموجود في جملة منها لا يدل على كون الحكم غير لزومي غايته الاجمال فيبين بغيرها من النصوص .

واما المروى (٢) عن تفسير الامام عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام في تفسير هذه الاية من كان في عنقه شهادة فلا ياب اذا دعى لاقامتها و ليقمها ولينصح فيها ولا تاخذه في الله لومة لائم وليامر بالمعروف ولينه عن المنكر - فلا يصلح لمقاومة ما تقدم سيما وفيه قال وفي خبر (٣) آخر نزلت فيمن اذا دعى لسماع الشهادة وابى ونزلت فيمن امتنع عن اداء الشهادة اذا كانت عنده ولا تكتموا الشهادة الاية .

واما صحيح (٤) القداح عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام جاء رجل من الانصار الى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله احب ان تشهد لي على نحل نحلتها ابني فقال لك مال لك ولد سواه قال نعم - قال صلى الله عليه وآله فنحلتهم كما نحلته قال لا قال فانا معاشر الانبياء لا نشهد على الحيف الذى استدل به للقول بعدم الوجوب بتقريب ان المراد بالحيف ليس هو الحرام والا حكم صلى الله عليه وآله ببطلان نحلته بل خلاف الاولى ولا يجوز ترك الواجب لذلك وليس ذلك ايضا من الخصائص فيدل على عدم الوجوب (فيرده) اولا ان ظاهر الحيف الحرام وعدم حكمه ببطلان النحلة من جهة ان حرمة المعاملة لا تستلزم فسادها - وثانيا - انه خص ذلك بالانبياء ولو كان الحكم عاما لما كان وجه للتخصيص - وثالثا - انه قضية في واقعة فلعله صلى الله عليه وآله رأى شهادة غيره بذلك فلم يكن يجب عليه التحمل - فالمتحصل مما ذكرناه وجوب التحمل .

---

(١) الوسائل باب ١ من كتاب الشهادات حديث6

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من كتاب الشهادات حديث ٧-٨

(٤) الوسائل باب ٥٥ من كتاب الشهادات حديث ١

و هل وجوبه كفائي - كماعن اكثر المتاخرين امعيني كما عن جماعة من القدماء - وجهان - ظاهر الاية والاخبار هو الثاني .

واستدل للاول - باطباق المتاخرين عليه - والاصل - واولويته بذلك من الاقامة التي قدعرفت ان وجوبها كفائي - وبجعل وجوبه مقابلا لوجوب الاداء الذي هو كفائي وبان الله سبحانه امر اولا باستشهاد رجلين وان لم يكونا فرجل وامرأتين ثم قال ولاياب الشهداء اذامادعوا واللام في ذلك للعهد الذكري فالمعنى ولاياب الرجلان والرجل والمرأتان من الاجابة فالنهي ليس متوجها الى كل احد بل الى الرجلين اوالرجل وامرأتين فبعد اشهادهما لاامر بالشهادة ولانهي عن الاجابة كماهوشان الواجب على الكفاية والاصل عدم الوجوب على الغير .

و لكن اطباق المتاخرين لاوقع له في مقابل ظهور الاية و الاخبار و فتوى الاساطين من القدماء - و الاصل لااصل له مع الدليل - والاولوية ممنوعة فانه لااثر للشهادة بعد اداء الشاهدين اياها بخلاف التحمل فان فائدته ظاهرة لاحتمال الغفلة او النسيان او الغيبة او الفسق او الموت وماشا كل - وجعل وجوبه مقابلا لوجوب الاداء لااشعار فيه بذلك فضلا عن الدلالة - وماذكر اخيرا وان كان متينا وعلى ذلك بنينا كون وجوب الاداء كفائيا الاانه لايتم في جملة من النصوص - لاحظ صحيح ابن فضيل المتقدم و كذا خبر داود و نحوهما بعض آخر من الاخبار - فالاظهر كون وجوبه عينيا غاية الامر كساير التكاليف مشروط بعدم لزوم الضرر او العسر والحرج منه والافلايجب لقاعدتي لاضرر ولاحرج .

ثم انه هل يجب التحمل على خصوص من له اهلية الشهادة كما عن الشيخ وجماعة - ام يعمه وغيره كماهوظاهر اطلاق آخرين - ام يفصل بين من لايتصور في حقه الاهلية كالولد على والده والمرئة في الطلاق وماشا كل فلايجب عليه التحمل - وبين من يمكن في حقه الاهلية كالفاسق بتجدد العدالة فيجب كما اختاره بعض المحققين وجوه - والظاهر هو الثاني - لاطلاق الادلة واحتمال الفائدة بتحصيل الشياع المورث للعلم اوالاطمينان ورفع المانع فيمن يمكن في حقه ذلك .

يعتبر فی الشهادة معرفة المشهود له او عليه

٣- (و) اعلم انه قد ظهر مما قدمناه - من اشتراط العلم فی الشهادة - انه - (لا) يجوز (ان يشهد على من لا يعرفه) ولا له (الا بمعرفة عدلين) وانما اعاده فی المقام مع معلوميته مما سبق - لورود النص الخاص وللرد على ما عن العامة من عدم جواز الشهادة على اقرار المرئة دون ان تسفر فينظر اليها الشهود ولو عرفت بعينها و كيف كان فيشهد لجواز الشهادة مع المعرفة - او معرفة من قوله حجة شرعية - وعدم جوازها بدون ذلك مضافا الى مامر - خبر (١) على بن يقطين عن ابی الحسن الاول عليه السلام لا باس بالشهادة على اقرار المرئة ، ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها او حضر من يعرفها فاما اذا كانت لا تعرف بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود ان يشهدوا عليها وعلى اقرارها دون ان تسفر وينظرون اليها .

واما مكاتبة (٢) الصفار الصحيحة - الى الفقيه عليه السلام فی رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوز له ان يشهد عليها من وراء الستر و يسمع كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التی تشهدك بهذا كلامه او لا تجوز له الشهادة عليها حتى تبرز وتثبتها بعينها فوقع عليه السلام تتنقب وتظهر للشهادة ان شاء الله تعالى ورواه الصدوق باسناده عن الصفار وقال وهذا التوقيع عندی بخطه عليه السلام - فلا يعارضه.

فان المراد بظهورها للشهادة ان كان ظهورها للرجل الذی اراد ان يشهد عليها - فمع التنقب ای فائدة فی ظهورها - و ان كان ظهورها للشهود اللذين يعرفونها و يكون المراد تظهر لهم و تتنقب من هذا الرجل ويشهد بذلك ما فی بعض النسخ - تتنقب و تظهر للشهود - فانه ظاهر فی ذلك - فلا ينافی ما تقدم مع انه لو سلم المنافاة يتعين طرحها لمخالفتها لفتوى الاصحاب وموافقتها لمذهب العامة ويشعر به الصحيح الاخر لا باس بالشهادة على اقرار المرئة و ليست بمسفرة اذا عرفت بعينها ولا يجوز

(١) الوسائل باب ٤٣ من كتاب الشهادات
(٢) الفقيه ج٣ ص٤٠

عندهم ان يشهد الشهود على اقرار دون ان تسفر فينظر اليها فان الظاهران مرجع الضمير هو العامة - اضف الى جميع ذلك كونها مكاتبة والغالب فيها التقية فلاتصلح لمعارضة خبر ابن يقطين المعمول به بين الاصحاب المنجبر ضعفه لو كان بالعمل

٤- **(ويجوز له النظر الى وجه امرأة للشهادة)** كما يجوز ان تسفر المرئة و يكشف عن وجهها ليعرفها الشاهد ان لها او عليها - اذا لم يمكن معرفتها - بشهادة العدلين - بلا خلاف بينهم كما صرح به غيرواحد- ويشهدبه خبر علي بن يقطين المتقدم - بل والمكاتبة المتقدمة - بناء على ارادة الظهور للشهود - على مامر - هذا بناء على القول بعدم جواز النظر الى وجه المرئة بغير ريبة و وجوب الستر عليها - واما على القول بجوازه - و عدم وجوب الستر عليهافلا يتوقفان على القيد المذكور كما لا يخفى و قدمر الكلام في المبني في كتاب النكاح.

الشهادة على الشهادة

المسألة **(الثالثة)** في الشهادة على الشهادة - لاخلاف ولا كلام في انه **(تقبل الشهادة على الشهادة في الديون والاموال)** كالقرض والقراض وعقود المعاوضات **(والحقوق)** المتعلقة بالادمي سواءأكانت عقوبة كالقصاص اوغيرها كالطلاق والنسب وعيوب النساء والولادة والاستهلال وما شاكل بلاخلاف اجده و به صرح في الرياض والجواهر وغيرهما - وعن غير واحددعوى الاجماع عليه - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه بل لعل المحكي منه على ذلك متواتر

و يشهد بهمضافا الى ذلك و الى العمومات الدالة على قبول الشهادة جملة من النصوص كصحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في الشهادة على شهادة الرجل وهو بالحضرة في البلد قال عليه السلام نعم و لو كان خلف سارية يجوز ذلك اذا

---

(١) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الشهادات حديث ١

كان لايمكنه ان يقيمها هو لعلة تمنعه من ان يحضره ويقيمها فلابأس باقامة الشهادة على شهادة -وخبر (١) طلحة بن زيد عن ابى عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن على عليه السلام انه كان لايجيز شهادة رجل على رجل الاشهادة رجلين على رجل- وخبر (٢) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل الاشهادة رجلين على شهادة رجل قال و قال الصادق عليه السلام اذ اشهد رجل على شهادة رجل فان شهادته تقبل و هى نصف شهادته و ان شهد رجلان عدلان على شهادة رجل فقد ثبت شهادته على شهادة رجل واحد - واما خبره(٣) الاخر عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام ان عليا عليه السلام قال لااقبل شهادة رجل على رجل حى وان كان باليمين فمحمول على خبره السابق - او على التقية

و تمام الكلام بالبحث في جهات - الاولى لاخلاف فى انه **(لا)** تقبل الشهادة على الشهادة فى **(الحدود)** وما كان عقوبة لله تعالى وفى المسالك والرياض وغيرهما الاجماع عليه - ويشهد له خبر (٤) طلحة بن زيد عن ابى عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن على عليه السلام انه كان لايجيز شهادة على شهادة فى حد - ونحوه خبر(٥) غياث بن ابراهيم

وهل يختص عدم القبول بما اذا كان الحد لله محضا كحد الزنا والسحق كما عن المبسوط وابن حمزة وفخر الاسلام والشهيد فى النكت واستجوده فى المسالك - ام يعمما كان مشتركا بينه تعالى وبين الادمى كحد السرقة والقذف كما هو المشهور بين الاصحاب كما فى المسالك - الظاهر هو الثانى لاطلاق الخبرين واستدل للاختصاص بعموم ما دل على قبولها قال فى المسالك وهذا اجود لعدم دليل صالح للتخصيص فيهما ونظره قده الى ما صرح به قبل ذلك من ضعف الطريق فيهما - ولكن يرد عليه انه لوسلم ضعف الخبرين لااشكال فى انجبار ضعفهما بعمل الاصحاب .

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الشهادات حديث ٢-٤-٣

(٤-٥) الوسائل باب ٤٥ من كتاب الشهادات حديث ١-٢

الثانية الظاهر كما صرح به في المسالك والجواهر جريانها في حقوق الله غير الحد كالزكاة واوقاف المساجد و الجهات العامة والاهلة لاطلاق الادلة المتقدمة- ولكن عن كشف اللثام و كذا لاتثبت في ساير حقوق الله تعالى كما قطع به الاصحاب ومنه الاهلة ولذا قال في التذكرة لايثبت الهلال بالشهادة على الشهادة عند علمائنا واستدل له باصالة البرائة-واختصاص ورود القبول بالاموال وحقوق الادميين - الا ان الاصل لايرجع اليه مع عموم واطلاق الادلة العامة والخاصة - والاختصاص ممنوع لعدم القرينة .

الثالثة الظاهر انه في الحدود المشتركة وان لم تقبل الشهادة على الشهادة الا انه يثبت بها غير الحد من الاحكام المترتبة على موضوع الحد كنشر الحرمة بام الموطوء و اخته وبنته وبنت العمة والخالة بالزنا بهما وغير ذلك كما عن المحقق و المصنف والشهيدين في الشرايع والتحرير و القواعد والارشاد والدروس والمسالك واللمعة والروضة - لعموم الادلة (ودعوى) التلازم بين الامرين لكونهما معلولين لعلة واحدة (ممنوع) فان تلازمهما شرعي فلامانع من التفكيك بينهما مع الدليل وقد دل الدليل على ذلك فان مقتضى العمومات ثبوت الجميع بما خرج منها الحد بالاجماع والنص وبقى الباقي .

الرابعة **(ولا يكفي)** في الشهادة **(اقل من)** شاهدين **(عدلين على)** شهادة ا **(اصل)** بلاخلاف ويشهد به مضافا الى الاجماع الذى ادعاه جماعة النصوص المتقدمة-نعم لايشترط المغايرة لعدم الدليل عليه **(و)** عليه **(لو شهد اثنان على كل واحد من الاصلين قبلت)** و كذا شهادة احد الاصلين مع الاخر على شهادة الاصل الاخر ونحو ذلك بلاخلاف اجده فيه - و يشهد به مضافا الى الاجماع الذى ادعاه غير واحد اطلاق الادلة سيما الادلة العامة .

الخامسة لاخلاف في ان شهادة **الفرع** تقبل كان شاهد الاصل رجلا اوامرئة او رجلا و امرئة فيما يقبل فيه شهادة المرئة لاطلاق الادلة العامة و للاجماع و ان

كانت النصوص الخاصة مختصة بالشهادة على شهادة الرجل - وهل تقبل شهادة الفرع ان كان الشاهد امرئة ام لا نسب الى الاسكافي والشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والمصنف في المختلف اختيار الاول في الموضع الذي يقبل فيه شهادتها منفردة او منضمة و عن الخلاف اجماع الفرقة عليه - و عن السرائر و التحرير و القواعد و الايضاح والنكت والمسالك والتنقيح وغيرها اختيار الثاني بل قيل لم اجد فيه مخالفا على المنع

و حق القول في المقام يقتضي بيان ما يراد اثباته بشهادة الفرع ثم ملاحظة الادلة - اما الاول فلو شهد شاهد على ان الاصل شهد بذلك كان شهد زيد بان عمر واشهد باشتغال ذمة بكر لخالد - فالمشهور بين الاصحاب وفي المسالك وهو مذهب الاصحاب ان المقصود اثبات شهادة شاهدا لاصل عند الحاكم واصر المحقق النراقي بان المقصود اثبات المشهود به الاصل وهو اشتغال الذمة في المثال لاشهادة عمرو وقد ذكر شواهد لان مراد الاصحاب ايضاً ذلك فشاهد الفرع بحكم النائب عن شاهد الاصل فعلى الاول يجوز شهادة النساء على الشهادة بناء على ما اخترناه من ان الاصل قبول شهادتهن الاما خرج بالدليل وليست شهادة الاصل مما خرج عنه - وعليه فيتم استدلال المصنف لقبولها بالاصل واطلاق الادلة - وما عن الخلاف من الاستدلال له باخبار الفرقة ولاينافيها اختصاص النصوص الخاصة بشهادة الرجال فانه لامفهوم لها كي تدل على عدم قبول شهادة النساء - نعم على القول بان الاصل عدم قبول شهادتهن الاماخرج بالدليل تعين البناء على عدم قبول شهادتهن في المقام (والاستدلال) للقبول - باجماع الخلاف - والاخبار التي اشار اليها فيه - وعموم قوله تعالى (١) « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وخبر السكوني المتقدم المتضمن لقبول شهادتهن في الديون - وفحوى مادل على قبول شهادة الاصل في ماتقبل فيه - (مردود) اذ الاجماع المنقول المخالف للشهرة المحققة ليس بحجة - والاخبار لم تصل الينا - والاية الكريمة وخبر السكوني في الشهادة في الديون وشهادة الفرع ليست منها - والفحوى ممنوعة

---

(١) سورة البقرة آية ٢٨٢

وعلى الثاني الاظهر عدم القبول لان جميع ادلة قبول الشهادة مختصة بشهادة الاصل ولا تشمل شهادة الفرع في اثبات المشهود به الاصل و كون شاهد الفرع نائبا عن شاهد الاصل - ونصوص الباب مختصة بشهادة الرجل .

واما المبنى فالظاهر من الاخبار هو الاول - لاحظ مرسل (١) الفقيه قال الصادق عليه السلام اذا شهد رجل على شهادة رجل فان شهادته تقبل وهي نصف شهادة وان شهد رجلان عدلان على شهادة فقد ثبت شهادة رجل واحد - فانه كالصريح في ان المقصود بالاثبات هو شهادة الاصل - ومن الغريب استدلال المحقق النراقي بهذا الخبر للقول الاخر - وخبر (٢) غياث بن ابراهيم ان علياً عليه السلام كان لايجيز شهادة رجل على شهادة رجل الا شهادة رجلين على شهادة رجل دل بمفهوم الاستثناء على جواز شهادة رجلين على شهادة رجل واحد لا على ماشهد به الرجل - واما صحيح (٣) محمد المتقدم المتضمن لقبول شهادة الفرع مع عدم امكان حضور شهود الاصل فلا يكون ظاهرا في ان المقصود اثبات المشهود به فضلا عن النصوصية التي ادعاها المحقق المزبور - فان قيل فعلى ماذكرت يلزم قبول شهادة النساء على الشهادة حتى فيما لايقبل فيه شهادتهن كالهلال - قلنا انه لولا الاجماع لكنا ملتزمين بذلك وقد ادعوه على عدم القبول .

السادسة - قال الشيخ في محكي المبسوط وتبعه غيره بانه لتحمل شاهد الفرع مراتب .

الاولى الاسترعاء وهو ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا سمي استرعاء لالتماس شاهد الاصل رعاية شهادته والشهادة بها .

الثانية ان يسمع شاهد الفرع ان شاهد الاصل يشهد عند الحاكم فاذا سمع انه يشهد عنده صار متحملا للشهادة قالوا وهذه اخفض من الاولى مرتبة.

الثالثة ان يسمعه ان يقول انا اشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤٤ من كتاب الشهادات حديث ٥-٣-١

وكذا ويذكر السبب مثل ان يقول من ثمن ثوب اوعقاروقد اتفقوا على جواز التحمل في الاولى والمشهور بينهم جوازه في الاخيرتين وخالفهم الاسكافي فيهما فحكم بعدم الجواز - والمحقق والمصنف ره فانهما ترددا فيه في الاخيرة - قيل وقد اتفقوا على عدم جواز التحمل في غير هذه الصوروهوان يقول شاهد الاصل اني اشهدان عليه كذا وكذا من دون استرعاء ولافي مجلس الحكم ولاذكرسبب .

وفي الشرايع والفرق بين هذه وبين ذكرالسبب اشكال - ويمكن ان يكون نظره في الاشكال الى الحاق الاولى بالثانية في المنع من القبول ويمكن ان يكون الى الحاق الثانية بالاولى فيما هووجه القبول في الاولى - وكيف كان فحيث لانص خاص في المسألة ولااجماع تعبدي لاستناد المجمعين الى ماسيمرعليك بل لعله غير ثابت لانه لم ارمن تعرض لذلك قبل الشيخ و الاسكافي فلابد من ملاحظة القواعد العامة فيتم مافي الرياض حيث قال فينبغي الرجوع الى مقتضى الاصول - وعلى هذا فحيث عرفت ان المعتبر في الشهادة العلم بالمشهود به ولايعتبر شيء آخر وراء ذلك - ففي الصورة الرابعة ان كان شهادة الاصل بنحو الجزم لابصورة التردد اوما يقبل التسامح باحتمال ارادة الوعد بمعنى ان المشهود عليه كان قدوعد المشهود له بذلك فجعلها عليه لان الوفاء بالوعدمن مكارم الاخلاق فينزله منزلة الدين كما لوقال ان لفلان على فلان دينا جزميا - فالاظهر هوالقبول وجواز التحمل ولافرق حينئذ بين ذلك وبين ذكرالسبب - فان قيل انه لوشهد بالسبب يكون ذلك ظاهرا في المشاهدة ولوشهد بالحق من دون ذكره ولاعند الحاكم ولابالاسترعاء فغاية ماهناك كونها عن علم وجزم ولاقرينة على حصول العلم من المشاهدة لاستعمال الشهادة في الاخبار الجزمي الحاصل من غير المشاهدة وهذا هوالفرق بين الصورتين وهوالوجه في عدم القبول في الصورة الرابعة - قلنا قدمر فساد المبنى وان الشهادة اذا كانت مستندة الى العلم والجزم تقبل من اي سبب حصل العلم والجزم - نعم اذا احتمل في شهادة الاصل التسامح بنحو لاينافي عدالته تم ماذكروه من عدم القبول وعدم جواز التحمل وهذا الاحتمال

لايجرى مع ذكر السبب وهو الفارق بين الصورتين وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات القوم في المقام .

السابعة لاخلاف (**و**) لااشكال في انه (**انما تقبل**) شهادة الفرع (**مع تعذر حضور شاهد الاصل**) فلو تمكن منه كما لو كان حاضرا في البلد او في موضع يمكنه الحضور لاتقبل من الفرع وعن الخلاف دعوى الاجماع عليه ـ ويشهد به صحيح محمد المتقدم ـ ولو امكنه الحضور لكن مع مشقة رافعة للتكليف فهل تقبل شهاده الفرع الظاهر ذلك لان النص وان اختص بما اذا تعذر الحضور ـ ولكن بما ان مقتضى قاعدة نفي الحرج عدم وجوب الحضور على الاصل ـ فيدور الامر بين قبول شهادة الفرع وبين ابطال المشهود له والثاني باطل اجماعا فيتعين الاول .

الثامنة (**ولو**) شهد شاهد الفرع و (**انكر الاصل**) فعن الشيخ في النهاية والقاضي والصدوقين العمل باعدلهما فان تساويا اطرح الفرع ـ وعن ابن حمزة والمصنف في المختلف ذلك فيما اذا انكر بعد الحكم واما قبله فيطرح الفرع ـ وعن جماعة من الاصحاب منهم المصنف ره في جملة من كتبه انه لايلتفت الى شهادة الفرع بعد الحكم بل قال المصنف ان القائلين بالقول الاول انما يقولون به فيما اذا كان الانكار قبل الحكم واما بعده فلم يقل به احد منهم وظاهره كظاهر المسالك الاجماع عليه ـ وعن الاسكافي طرح شهادة الفرع مطلقا ـ وملخص القول في المقام يقتضي البحث في موردين ـ ١ ـ فيما يقتضيه القواعد مع قطع النظر عن النصوص الخاصة ـ ٢ ـ فيما يقتضيه النص بعد الجمع بينه وبين القواعد .

اما المورد الاول فان كان ذلك قبل الحكم وحضر الاصل وانكر لايعتنى بشاهد الفرع لما تقدم من اعتبار عدم حضور الاصل في قبول شهادته ـ وان لم يحضر بل كان انكاره بانفاذ خبر محفوف بالقرينة او اشهاد عدلين آخرين فقد يقال ـ انه يطرح شهادة الفرع اذ اما ان يكون هو كاذبا فشهادته مردودة او يكون الاصل كاذبا فلا تفيد شهادته لما عرفت من ان بها يثبت شهادة الاصل لا المشهود به الاصل فهي مطروحة على التقديرين

اما المانع عن القبول - اولعدم الفائدة والاثر - وفيه - انه من الجائز كون شاهد الاصل كاذبا وكون الفسق عارضا وح فيثبت بشهادته في حال العدالة الحق ويصح الحكم بناء على مامر من ان عروض الفسق لايمنع عن الاستناد الى الشهادة والظاهرح تقديم شهادة الفرع فان مورد التكاذب ليس ثبوت المشهود به الاصل بل شهادة الاصل - فالمثبت له اثنان والنافي واحد - والاثنان حجة شرعية والواحد ليس بحجة في المقام ولايصلح اللاحجة للمعارضة مع الحجة - وان كان بعد الحكم فلاتوقف في عدم الالتفات الى الانكار - لما مر - وللاجماع المحكي - ولنفوذ الحكم فيستصحب .

واما المورد الثاني - فقد روى(١) البصري في الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال اني لم اشهده قال عليه السلام تجوز شهادة اعدلهما وان كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته ونحوه صحيح(٢) ابن سنان - وهما مختصان بماقبل الحكم اذ بعد الحكم التعبير بجواز الشهادة وعدمه غير مستحسن - وعلى فرض الشمول فالنسبة بينهما وبين مادل على نفوذ حكم الحاكم مالم يعلم بطلانه عموم من وجه والترجيح له للشهرة العظيمة بل الاجماع على عدم الالتفات الى الانكار بعد الحكم فيختصان بماقبل الحكم - ومقتضى اطلاقهما عدم الفرق بين صورة حضور الاصل مجلس الاداء أو انكاره بانفاذ الخبر المحفوف بالقرينة وما شاكل - بل لايبعد القول بظهوره في صورة الحضور - فيعارضان مادل على انه لايلتفت الى شهادة الفرع مع حضور شاهد الاصل - وحيث انهما اخص منه اولااقل من التعارض بالعموم من وجه و الترجيح لهما من ناحية صفات الراوي التي هي ثاني المرجحات بعد عدم احراز ان المشهور رد شهادة الفرع في هذا المورد .

فالمتحصل مما ذكرناه ان المستفاد من النصوص الخاصة انه لا يلتفت الى انكار الاصل بعد الحكم وقبل الحكم يعمل باعدلهما ومع التساوي يطرح الفرع كما

(١-٢) الوسائل باب ٤٦ من كتاب الشهادات حديث ١ - ٣

هو المحكي عن الشيخ في النهاية والقاضي والصدوقين بعد تقييد ما افادوه بما قبل الحكم كما صرح به جماعة على ما مر ـ وبذلك يظهرما في المتن حيث قال ـ **(ردت الشهادة مع عدم الحكم)** وكذا مافي ساير كلمات القوم في المقام.

التاسعةقالواـ **(ولا تسمع الشهادة الثالثة في شيء اصلا)** وهي الشهادة على الشهادة ـ والظاهر انه اجماعي ويشهد به خبر(١) عمروبن جميع عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام ولاتجوز شهادة على شهادة ـ المنجبر ضعفه بالاستناد والعمل ـ

رجوع الشهود عن الشهادة قبل الحكم

المسالة **(الرابعة ـ اذا رجع الشاهدان)** او احدهما **(قبل الحكم بطل)** ولا يحكم بشهادتهما بلاخلاف كما صرح به غير واحـد وفي المستند وعن كشف اللثام الاجماع عليه ـ ويشهد به مرسل (٢) جميل الصحيح لكونه المرسل ولرواية ابن ابي عمير عنه عمن اخبره عن احدهما عليهما السلام قال عليه السلام في الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا وان لم يكن قضى طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود شيئاً ـ واما خبر(٣) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال من شهد عندنا اخذناه بالاول وطرحنا الاخير ـ فان امكن حمله على مابعد الحكم فهوالمتعين والافيطرح لانه لايصلح للمقاومة مع المرسل من وجوه لاتخفى .

ثم ان اعترفوا بتعمد الكذب فهم فسقة ـ وان قالوا اخطأنا او غلطنا فلافسق فهل تقبل شهادتهم لواعادوها لعموم الادلة كما عن كشف اللثام املا تقبل تلك الشهادة

---

(١)الوسائل باب ٤٤ من كتاب الشهادات حديث٦

(٢)الوسائل باب ١٠ من كتاب الشهادات حديث١

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث٤

كما عن القواعد والمسالك - لحسن (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى امير - المؤمنين عليه السلام فى رجل شهد عليه رجلان انه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذى قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر - وجهان لامن جهة ان الخبر المزبور يقصر عن معارضة العمومات كما عن الكشف فان الخاص يقدم على العام مطلقا بل لان الخبر فيما بعد الحكم ويحتمل الاختصاص - سيما وان المفروض فيه ليس اعادة الشهادة الاولى بل الشهادة على غير من شهدوا عليه اولا - فالاظهر هو القبول .

ولو كان المشهود به الزنا واعترفوا بتعمد الكذب حدوا للقذف - وان قالوا غلطنا فهل يحدون كما عن المبسوط وفى المسالك - لما فيه من التعيير وكان من حقهم التثبت والاحتياط - ولمرسل (٢) ابن محبوب عن ابى عبدالله عليه السلام فى اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع احدهم بعد ما قتل الرجل قال عليه السلام ان قال الراجع اوهمت ضرب الحد واغرم الدية وان قال تعمدت قتل - ام لا يحدون لان الغالط معذور و الحدود تدرأ بالشبهات فضلا عن الاشتباه و الغلط - وكون حقهم التثبت والاحتياط لايوجب الحد بعدما كونوا عاملين بوظيفتهم لفرض العدالة المانعة عن التساهل والتسامح - والمرسل فيما بعد الحكم وسياتى الكلام فيه وجهان اظهرهما الثانى .

ثم ان الشهيد الثانى رتب على القول بوجوب الحد انه ترد شهادتهم وانه لو قلنا لاحد فلارد - واورد عليه فى الجواهر بانه لايكاد يظهر له معنى محصل موافق لما ذكره اولا - وفيه ان محل كلامه فى السابق خصوص تلك الشهادة لو اعادوها ومدركه الحسن المتقدم - ومفروضه فى المقام مطلق شهاداتهم نظرا الى مادل على انه لاتقبل شهادة

---

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الشهادات حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب الشهادات حديث ١

المحدود الااذاتاب بعد الحد فلاايراد عليه .

رجوع الشهود بعدالقضاء والاستيفاء

(وان كان) الرجوع **(بعده)** اى بعد الحكم **(لم ينقض الحكم وغرما)**

اى ضمنا واغرمه المشهود عليه بلاخلاف فيه مع تلف العين ـ وعن التحرير والقواعد الاجماع عليه ويشهد به مرسل جميل المتقدم ـ و النبوى (١) الخاصى من شهد عندنا بشهادة ثم غير اخذناه بالاولى وطرحنا الاخرى .

ولو كانت العين باقية فالمشهور بين الاصحاب انه لاينقض الحكم ولاتستعاد العين بل فى الرياض عليه عامة متاخرى اصحابنا بل وقدمائهم ايضا وعن الشيخ فى النهاية وابن حمزة والقاضى انه تردالعين على صاحبها ولاغرامة على الشهود.

و قال الماتن **(ولو ثبت تزويرهما استعيدت العين فان تلفت او تعذر الاستعادة ضمن الشهود)** وحاصل مختاره انه مع ثبوت التزوير و كونهما شاهدى زور يستعادالعين ومع عدم ثبوته لاتستعاد العين وهومختار المحقق فى النافع ـ والاظهر هوذلك اما الاستعادة فى صورة ثبوت التزوير فلصحيح (٢) جميل عن الصادق عليه السلام فى شاهد الزور قال عليه السلام ان كان الشىء قائما بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائما بعينه ضمن بقدرماتلف من مال الرجل ـ واما عدمها فى صورة عدم ثبوته فلاطلاق مرسل جميل المتقدم والنبوى هذا فيمااذا كان المشهودبه من الاموال .

(و لو قال شهود القتل بعد القصاص اخطأنا غرموا) الدية بلاخلاف ويشهدبه مضافا الى ذلك مرسل (٣) ابن محبوب عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام فى اربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع احدهم بعدماقتل الرجل قال عليه السلام ان

---

(١) الوسائل باب ١٤ من كتاب الشهادات حديث ٤

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١٢ من كتاب الشهادات حديث ١

قال الراجع اوهمت ضرب الحدو اغرم الدية وان قال تعمدت قتل - ومثله فى ثبوت الدية خبر (١) مسمع كردين .

وهل الدية على العاقلة من جهة اعترافهم بانه خطائى وحيث ان دعويهم دعوى لاتعرف الامن قبلهم تسمع كما اليه يميل صاحب الجواهر - ام تكون فى اموالهم لانه شبيه عمد ولايثبت باقرارهم الخطاء كما عن كشف اللثام وجهان اوجههما الاول

(وان قالوا تعمدنا اقتص) الولى **(منهم)** جميعا **(اومن بعضهم)** أو اخذ الدية فى موضع لايقتص فيه من المتعمد ان شاء **(ويرد)** هو تمام مافضل عن جناية صاحبه على ورثة المقتص منهم ان كانوا جميعا الشهود - والا فـ **(على البعض)** الباقين ان يردوا على ورثة المقتص منه بقدر **(ماوجب عليهم)** من الجناية **(فان فضل شيء اتمه الولى)** كما اذا اقتص من اكثر من واحد بلاخلاف فى شيء من ذلك - اما جواز الاقتصاص فللنصوص المتقدمة - و اما لزوم الرد فلعدم كون كل واحد منهم تمام السبب بل جزئه فحكمهم حكم ما لو قتلوا جميعا واحدا - و مع ذلك فصحيح (٢) الازدى شاهد به قال سئلت اباعبدالله عليه السلام عن اربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجع احدهم عن شهادته قال فقال عليه السلام يقتل الرابع و يؤدى الثلاثة الى اهله ثلاثة ارباع الدية .

وان قال بعضهم تعمدنا و بعض اخطأنا فعلى المقر بالعمد القصاص وعلى المقر بالخطاء نصيبه من الدية بلاخلاف فى شيء من ذلك بل الاجماع بقسميه عليه كمافى الجواهر و بما تقدم يظهر وجهه - كما يظهر انه لواقتص من العامد يرد الفاضل على دية صاحبه اويرد الباقون على قدر جنايتهم بالتفصيل المتقدم .

(ولو قال بعضهم ذلك رد عليه الولى مايفضل عن جنايته واقتص منه ان كان عمدا او اخذ منه ماقابل فعله من الدية ان قال اخطات) بلاخلاف بل عليه الاجماع ولايكون اقراره ماضيا على غيره - والنصوص المتقدمة شاهدة بذلك - لايقال ان

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب الشهادات حديث ٣-٢

ظاهر تلك النصوص لزوم تمام الدية على المقر - فانه يقال ان التتبع في النصوص الاتية جملة منها والمتقدمة اخرى بضميمة عدم كونه تمام السبب في القتل غايته انه جزء السبب يوجب القطع بان المراد نصيبه من الدية - بل في خبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في اربعة شهدوا على رجل انهم راوه مع امرئة يجامعها وهم ينظرون فرجم ثم رجع واحد منهم قال عليه السلام يغرم ربع الدية اذا قال شبه علي واذا رجع اثنان وقالا شبه علينا غرما نصف الدية وان رجعوا كلهم وقالوا شبه علينا غرموا الدية فان قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعا التصريح بذلك.

وعن الشيخ في النهاية انه لو قال بعضهم تعمدت يقتل ويرد الباقون من شهود الزنا ثلاثة ارباع الدية الى المقتص به - واستدل له بصحيح الازدي المتقدم وهو مختص بخصوص الزنا ككلام الشيخ ره وسنده صحيح ولا مانع من تخصيص الادلة الاخر به - ولكن لاعراض الاصحاب عنه وعدم افتائهم به اذ لم ينقل العمل به عن غيره في النهاية والاسكافي و القاضي - وهو ايضاً رجع عنه في كتبه المتاخرة عن النهاية - لابد من طرحه او حمله ككلام العاملين به على ما ذكره المصنف ره في محكي المختلف على ما اذا رجعوا جميعا وقال احدهم تعمدت وقال الباقون اخطانا.

(ولو شهدا) على رجل **(بسرقة)** فقطعت يد المشهود عليه **(ثم)** رجعا **(وقالا وهمنا والسارق غيره)** بان اتيا باخر قائلين ان السارق هذا **(غرما دية اليد ولا يقبل قولهما على الثاني)** كما هنا وفي النافع وعن القواعد والتحرير - ويشهد به صحيح (٢) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بانه سرق فقطع يده حتى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهد ان برجل آخر فقالا هذا السارق وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية (اى الكاملة وهو تمام دية اليد) ولم يجز شهادتهما على الاخر - وقريب منه غيره.

(١-٢) الوسائل باب ١٤ من كتاب الشهادات حديث ٢-١

رجوع الشهود قبل الاستيفاء وبعد القضاء

هذا كله فيما اذا كان الرجوع بعد الاستيفاء ـ ولو كان قبله وبعد الحكم ـ فالمشهور بين الاصحاب انه ينقض الحكم وتبطل الشهادة سواء كان المشهود به حقالله تعالى كحد الزنا واللواط ـ اولادمي كقطع يد السارق وحد القاذف ـ او مشتركا بينه وبين الله تعالى كحد السرقة وفي الجواهر بل لااجد في شيء من ذلك خلافا محققا ـ نعم في القواعد عبر بلفظ الاقرب مشعرا باحتمال العدم بل قال متصلا بذلك والاشكال في حدود الادمي اقوى ـ وماهو المشهور اظهر من جهة ان الحدود تدرأ بالشبهات وكون ماحكم به شرعيا صادرا من اهله واقعا في محله لم يعلم له ناقض لايصلح لرفع الشبهة ـ وبعبارة اخرى ان مادل (١) على درأ الحدود بالشبهة يدل على سقوطه في المقام ـ ومادل (٢) على عدم نقض الحكم يدل على بقائه فيتعارضان بالعموم من وجه والترجيح للاول ـ وبذلك يظهر تمامية ما ذكروه من بقاء حكم التوابع التي لم يثبت بالشرع سقوطها بالشبهة فيحرم اخت الغلام الموطوء وامه وبنته ـ واكل البهيمة الموطوئة الماكولة وماشاكل.

ولوشهد الشهود بالارتداد وحكم القاضي بالردة ثم رجع الشهود قبل القتل يسقط قتله لدرأ الحد بالشبهة ولكن يقسم امواله وتعتد زوجته ـ وفي محكي القواعد لو رجعا قبل استيفاء القصاص لم يستوف وهل ينتقل الى الدية اشكال فان اوجبناها رجع بها عليهما (وفيه) اولا ـ ان كون القصاص من الحدود محل تامل بل منع ـ وعلى فرض كونه منها فلاوجه للانتقال الى الدية ـ فالاظهر بقاء القصاص.

وبماذكرناه يظهر ان الاظهر عدم نقض الحكم فيماعدا الحدود ـ ويشهد به فيما

---

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود

(٢) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي

يرجع الى المال اطلاق صحيح (١) جميل عن من اخبره عن احدهما عليهما السلام في الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ماشهدوا به وغرموا الحديث فان اطلاقه يشمل مالو كان الرجوع قبل الاستيفاء ـ فما في الشرايع بعد الحكم با نتقاض الحكم في الحدود ـ وفي نقض الحكم فيما عداذلك من الحقوق تردد ـ في غير محله واما ما احتمله الشهيد الثاني ره ـ من الحاق القتل والجروح التي لاتدخل في الحدود عرفا والفروج بالحدود لعظم خطرها وعدم استدراك فائت البضع منها ـ فيندفع بالدليل

رجوع الشهود عن الشهادة بالطلاق

ثم ان في خصوص الشهادة بالطلاق روايتين توهم المحقق الاردبيلي جواز نقض الحكم في مسئلة الرجوع في الطلاق مطلقا لاجلهما كما ان لجماعة من القدماء والمتاخرين كلاما على طبق الخبرين توهم منه التزامهم بذلك ـ فلاباس بالتعرض لهما و بيان مايستفاد منهما .

لاحظ صحيح (٢) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته انه طلقها فاعتدت المرئة وتزوجت ثم ان الزوج الغائب قدم فزعم انه لم يطلقها و اكذب نفسه احد الشاهدين فقال لاسبيل للاخير عليها ويؤخذ الصداق من الذى شهد ورجع فيرد على الاخير ويفرق بينهما وتعتد من الاخير ولايقربها الاول حتى ينقضي عدتها ـ ونحوه موثق (٣) ابراهيم بن عبد الحميد .

واما الاصحاب كالشيخ و الصدوق و الكليني والقاضي والحلبي والمصنف في محكي المختلف ـ فقالوا انه لو شهدا بطلاق امرأة فتزوجت ثم رجعا ردت الزوجة الى الزوج الاول بعد الاعتداد من الثاني وغرم الشاهدان المهر كلا او بعضا للثاني .

واورد المتاخرون على الشيخ وموافقيه بان ماذكروه مخالف للقاعدة القطعية

---

(١) الوسائل باب ١٠ من كتاب الشهادات حديث١

(٢ـ٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب الشهادات حديث ٣

المجمع عليها من عدم جواز نقض الحكم المبرم الثابت بالدليل و رفع اليد عنه بمجرد الاحتمال من غير استناد الى دليل شرعى آخر و لاجل ذلك بنوا على طرح الخبرين .

اقول اما الخبران فالظاهر كونهما اجنبيين عما هو محل الكلام والبحث وهو رجوع الشاهدين عما شهدا به بعد حكم الحاكم فانهما فى رجوع الشهود الذين شهدوا عند المرئة نفسها اذ المفروض فيهما ليس هو الدعوى والمخاصمة بل شهادة العدلين بالطلاق وحيث ان البينة حجة شرعية عمل بها المرئة وتزوجت ثم رجع احد الشاهدين فلا اشكال ولا كلام فى ارتفاع الحجية بتكذيب الشاهد نفسه ورجوعه عما يشهد به بل عرفت انه كك ان كان ذلك بعد الرفع الى الحاكم وعدم حكمه ـ و كذا كلام الاعلام فانه ايضا فى المسألة المشار اليها .

ثم مع الاغماض عن ذلك وتسليم كون الخبرين فى الرجوع بعد حكم الحاكم لا وجه لما ذكروه من الايراد اذ القاعدة المشار اليها ليست قاعدة لا تقبل التخصيص ولذا خصصوا عمومها بما دل على درأ الحدود بالشبهات المتقدم فما المانع من تخصيصه بالخبرين المعتبرين واى دليل شرعى اقوى من الخبر الصحيح الذى عمل به جمع من الفحول

و بما ذكرناه ظهر ضعف ما افاده الاردبيلى ره ـ والمتحصل مما ذكرناه انه ان كان رجوع الشهود فى غير مورد الرجوع الى الحاكم ترد الزوجة الى الزوج الاول بعد الاعتداد من الثانى وغرم الشاهدان المهر كلا او بعضا ـ كما مر فى كتاب النكاح ـ وان كان بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم بل يحكم بالطلاق و صحة التزويج الثانى ان لم يثبت كونهما شاهدى زور لانه ثبت بالبينة وحكم به الحاكم بالقضاء المبرم فلا يبطل بمجرد رجوع الشهود المحتمل للصحة والفساد لما مر من ان الثابت بدليل شرعى لا ينقض الا بدليل شرعى آخر

و ح فهل يغرمان الصداق للاول ـ قال الشيخ والحلى والمصنف فى اكثر كتبه و اكثر من تاخر عنه بانه ان كان ذلك قبل دخول الزوج الاول غرما نصف المهر

المسمى له ـ و ان كان بعده لم يغرمـا شيئاً و استدلوا لغرامة النصف بانهما اتلفا عليه نصف المهر المسمى اللازم بالطلاق فيضمناه ـ و لعدم الغرامة فى الثانى باصالة البرائة وعدم تحقق اتلاف لاستقرار المهر بالدخول و البضع لايضمن بالتفويت كما حقق فى محله ـ و يرد على ما ذكروه فى وجه الضمان ما تقدم فى كتاب النكاح من ان نصف المهر يستقر بالعقد فلم يتلفه عليه الشاهد ان فلا وجه للضمان ـ و لو قالوا بانهما يغرمان نصف المهر للزوجة بناء على انها تملك تمام المهر بالعقد و بالطلاق قبل الدخول يعود نصفه الى الزوج كان اولى ـ فانه يصدق انهما بشهادتهما بالطلاق اتلفا عليها نصف المهر فيضمنان لها ـ وقد مر الكلام فى المبنى.

فى شاهد الزور

الخامسة ـ لااشكال ولا خلاف فى انه يحرم شهادة الزور ويشهد به مضافاً الى الاجماع المحقق ـ ومادل على حرمة تفويت الحق ـ ومادل على حرمة الكذب جملة النصوص الخاصة كصحيح (١) هشام عن الصادق عليه السلام شاهد الزور لاتزول قدماه حتى تجب له النار ـ وخبر (٢) صالح بن ميثم عن الباقر عليه السلام مامن رجل يشهد بشهادة زور على مال رجل مسلم ليقطعه الا كتب الله له مكانه صكا الى النار ـ وقوى(٣) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث ان النبى صلى الله عليه وآله قال ياعلى ان ملك الموت اذا نزل فقبض روح الكافر نزل معه بسفود من نار فينزع روحه فيصيح جهنم فقال على عليه السلام هل يصيب ذلك احد من امتك قال صلى الله عليه وآله نعم حاكم جائر و آكل مال اليتيم ظلما وشاهد زور ـ وخبر(٤) ابن سنان عنه عليه السلام لاينقضى كلام شاهد الزور من بين يدى الحاكم حتى يتبوأ مقعده فى النار وكذلك من كتم الشهادة الى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

(**و يجب شهرة شاهد الزور**) فى بلدهم و ماحولها لتجنب شهادتهم و يرتدع

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٩ من كتاب الشهادات حديث ١-٢-٣-٤

غيرهم(**وتعزيره بما يراه الامام**)والحاكم (**رادعا**)وحاسما للجرئة بلاخلاف فيه- ويشهد به نصوص كثيرة - كموثق (١) سماعة عن الصادق عليه السلام شهود الزور يجلدون حدا وليس له وقت ذلك الى الامام ويطاف بهم حتى يعرفوا ولايعودوا قال قلت فان تابوا واصلحوا تقبل شهادتهم بعد قال عليه السلام اذا تابوا تاب الله عليهم وقبل شهادتهم بعد - وموثق (٢) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام ان عليا عليه السلام كان اذا اخذ شاهد زور فان كان غريبا بعث به الى حيه وان كان سوقيا بعث به الى سوقه فطيف به ثم يحبسه اياما ثم يخلي سبيله ونحوهما غيرهما - والمراد بالاشتهار على ماذكره الحلي هو ان ينادى في محلتهم ومجتمعهم وسوقهم فلان وفلان شهدا زورا قال ولايجوز ان يركبا حمارا ويحلق رؤوسهما ولا ان ينادياهما على نفسهما ولا يمثل بهما .

ثم ان ذلك يختص بشاهد الزور و لايثبت هذا الحكم فيمن ثبت غلطه اوردت شهادته لمعارضة بينة اخرى اوظهور فسق بغير زور اوماشا كل ذلك كماهوواضح

ثم انه اذاثبت كون الشاهد شاهدزور فان كان قبل الحكم فلااشكال وان كان بعده نقض الحكم و بطل و استعيدت العين ان كانت قائمة والايضمن الشهود بغير خلاف في شيء من ذلك كماتقدم ومر مايدل عليه - تم مسائل القضاء والشهادات في عشية الجمعة ٢٢ من شهر محرم الحرام سنة ١٣٨٩ . . . .

. . . .

. . . . والحمدلله اولا واخرا .

في الحدود والتعزيرات

جمع حد وتعزير- وهما لغة كمافي المسالك-المنع- والتاديب - والحد شرعا عقوبة خاصة تتعلق بايلام البدن بواسطة تلبس المكلف بمعصية خاصة عين الشارع كميتها في جميع افراده - والتعزير عقوبة او اهانة لاتقدير لها باصل الشرع غالبا -

---

(١-٢) الوسائل باب ١٥ من كتاب الشهادات حديث١-٣

وقيد الغالب انما هولاجل ماافاده في المسالك من انه قدوردت الروايات بتقدير بعض افراده وذلك في خمسة مواضع ـ الاول (١) تعزير المجامع زوجته في نهار رمضان مقدر خمسة وعشرين سوطا ـ الثاني (٢) من تزوج امة على حرة ودخل بها قبل الاذن ضرب اثنى عشر سوطا ونصفا من حدالزانى ـ الثالث(٣) المجتمعان تحت ازار واحد مجردين مقدر بثلثين الى تسعة وتسعين على قول ـ الرابع (٤) من افتض بكرا باصبعه قالوا ـ يجلدمن ثلثين الى سبعة وسبعين اوالى ثمانين ـ الخامس (٥) الرجل والمرئة يوجدان في لحاف واحد اوازار مجردين يعزران من عشرة الى تسعةوتسعين قاله المفيد ـ ولكنه كما اعترف به في المسالك انه لاتقدير في غير الاولين اذالباقى يرجع فيما بين الطرفين الى راى الحاكم كما يرجع اليه فى تقدير غيره ـ ثم ان عدالاولين من التعزير لاالحد انماهو من جهة ما في دليليهما من اطلاقه عليه و كون المرادبه مايقابل الحد غير معلوم ولذا عده بعضهم فى الحدود والامر سهل .

ثم ان الاصل في مشروعية الحد والتعزير ولزومهما ـ الكتاب والسنة(٦) والاجماع وتفاصيلهما في الايات والاخبار كثيرة لكثرة افرادهما .

ثم انه لااشكال ولا كلام في ان اجراء الحدود والتعزيرات انما هووظيفة الحاكم بمعنى انه ليس لكل احد اقامتها ـ وهل للحاكم الشرعى في زمان الغيبة ان يقيمها ام يختص اقامتها بالامام ـ المشهور بين الاصحاب هو الاول و قد استشكل المحقق القمى في جامع الشتات في ذلك والتزم بانهاوظيفة الامام عليه السلام ـ يشهد للاول موثق (٧)

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب بقية الحدود

(٢) الوسائل باب ٤٩ من ابواب حد الزنا

(٣-٥) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا

(٤) راجع الوسائل باب ٣٩ من ابواب حدالزنا وباب ٤ من ابواب حدالسحق

(٦) ستاتى الاشارة اليها في ضمن المسائل الاتية

(٧) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث١

حفص بن غياث اوصحيحه قال سئلت اباعبدالله عليه السلام من يقيم الحدود السلطان او القاضى فقال عليه السلام اقامة الحدود الى من اليه الحكم - وقدمر فى كتاب القضاء ان من اليه الحكم فى زمان الغيبة هو المجتهد الجامع للشرائط وقددلت النصوص (١) على انه المنصوب من قبله عليه السلام حاكما وقاضيا- وعليه فيمكن الاستدلال بنفس تلك النصوص ايضا فانها تدل على ان جميع ماهو من شئون ووظائف قضاة الجور انما هى للحاكم الشرعى ولاشك فى ان من وظائفهم اقامة الحدود فهى للحاكم- قال المفيد(٢) فى المقنعة فاما اقامة الحدود فهى الى سلطان الاسلام المنصوب من قبل الله وهم ائمة الهدى من آل محمد صلى الله عليه وآله وسلم ومن نصبوه لذلك من الامراء والحكام وقد فوضوا النظر فيه الى فقهاء شيعتهم مع الامكان- فلا اشكال فى الحكم - ثم ان تمام الكلام فى هذا الكتاب فى ضمن فصول تعرض لها المصنف فى هذا الكتاب - اى كتاب القضاء والشهادات والحدود.

حد الزنا

قال **(الفصل السابع فى حد الزنا)** وهو مما اجمع اهل الملل على تحريمه حفظا للنسب - بل من الاصول الخمسة التى يجب تقريرها فى كل شريعة - قال الله تعالى(٣) «ولاتقربوا الزنا انه كان فاحشة» وقال (٤) سبحانه «والذين لايدعون مع الله الها اخر ولايقتلون النفس التى حرم الله الا بالحق ولايزنون ومن يفعل ذلك يلق اثاما» وقال (٥) عزشانه « ياايها النبى اذا جائك المؤمنات يبايعنك على ان لايشركن بالله شيئا ولايسرقن ولايزنين ولايقتلن اولادهن الخ» واما النصوص فهى اكثر من ان تحصى فى المقام .

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضى حديث ١-٦

(٢) الوسائل باب ٢٨ من ابواب مقدمات الحدود واحكامها العامة حديث ٢

(٣) سورة بنى اسرائيل آية ٣٢ (٤) سورة الفرقان آية ٦٩

(٥) سورة الممتحنة آية ١٣

ولا اشكال ولا كلام في انه يجب الحد مع ثبوت الزنا بالشرائط الاتية بل هو من ضروريات الدين قال الله (١) تعالى «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رافة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الاخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» وستمر عليك في ضمن المباحث الاتية جملة من النصوص الدالة عليه.

ما يثبت به الزنا

(و) النظر في هذا الفصل يقع في امور ثلاثة - الموجب - والحد - واللواحق اما الاول ف(هو يثبت بايلاج) الانسان وادخاله (فرج)ه وذكره الاصلي (في فرج امرئة محرمة عليه اصالة - لا لحيض - او لاعتكاف - او نذر - وما شاكل (حتى تغيب الحشفة قبلا او دبرا) كما هو المشهور كما نص عليه المصنف في محكي المختلف وفي الرياض بلا خلاف اجده به - والظاهر انه كذلك اذ الذي اوجب حكاية بعض الفقهاء كون وطئها دبرا لواطا لا الزنا ماعن المقنعة الزنا الموجب للحد وطء من حرم الله تعالى وطئه من النساء بغير عقد مشروع اذا كان الوطء في الفرج خاصة ونحوه ماعن النهاية مع ان المراد بالفرج هو الاعم من القبل والدبر كما صرحوا في غير المقام - وكيف كان فاطلاق النصوص (٢) المتضمنة انه اذا ادخله فقد وجب الغسل والمهر والرجم يدل على التعميم.

واما كفاية غيبوبة الحشفة - وعدم توقف الحد على ادخال تمام الذكر فيشهد لها مضافا الى الاجماع - والى النصوص المحددة للجماع المترتب عليه احكامه من الغسل والمهر والعدة وغيرها بالتقاء الختانين - خصوص صحيح (٣) ابي بصير قال ابو عبدالله عليه السلام

---

(١) سورة النور آية ٣

(٢) الوسائل باب ٥٤ من ابواب المهور من كتاب النكاح

(٣) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ١٧

اذا التقى الختانان فقد وجب الجلد - ولو كان مقطوع الحشفة ففيه وجوه - ١ - عدم وجوب الحد الا بادخال تمام الباقي - ٢ - ثبوته بغيبوبة قدر الحشفة وهو المنسوب الى المشهور - ٣ - ثبوته بمجرد صدق الدخول - وجه الاول - ظهور الروايات المتضمنة انه اذا ادخله فان الضمير يرجع الى الذكر - و ظاهره اعتبار دخول الجميع خرج عنه ذو الحشفة لما مر وبقي الباقي - وجه الثاني ان التحديد بالتقاء الختانين انما هو لبيان التحديد لما يصدق عليه دخول الذكر عرفا - ووجه الثالث صدق اسم الادخال - والاول اظهر كما لا يخفى.

ثم انه انما يثبت الحد بغيبوبة الحشفة اذا كان ذلك **(من غير عقد)** نكاح ولو متعة بينهما **(ولا شبهة عقد)** دائرة - و ضابط الشبهة ماستعرف من التحديد لها مااوجب اعتقاد الاباحة **(ولا ملك)** ولا شبهة ملك - وانما يجب الحد **(بشرط بلوغه)** اى بلوغ من يحد كان هو الزاني او الزانية فلو زنى الصبى او زنت الصبية لا يثبت الحد اجماعا - لحديث(١) رفع القلم - والنصوص(٢) الدالة على ان الغلام اذا زنى يعزر ولا يحد وفى صبية زنى بها رجل انها تعزر ولا تحد.

يعتبر في ثبوت الحد العقل

(و) به يظهر انه يشترط **(عقله)** ايضاً كما عن كافة المتاخرين بل عن الشيخين في العريض والخلاف بل عن المبسوط ما يشعر بالاجماع عليه بل عن الغنية والسرائر دعواه صريحا - ويشهد به مضافا الى ذلك مارواه(٣) العامة والخاصة على ماافاده المفيد ان مجنونة فجر بها رجل وقامت البينة عليها فامر عمر بجلدها الحد فمر بها على امير- المؤمنين فقال عليه السلام مابال مجنونة آل فلان تقتل فقيل له ان رجلا فجر بها وهرب

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص في النفس

(٢) الوسائل باب ٩ من ابواب حد الزنا

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث٢

وقامت البينة عليها فامر عمر بجلدها فقال لهم ردوها اليه وقولوا له اماعلمت ان هذه مجنونة آل فلان وان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال رفع القلم عن المجنون حتى يفيق وانهامغلوبة على عقلها ونفسها فردوها اليه فدرأ عنها الحد - ومقتضى عموم العلة سقوط الحد عن المجنون الزاني - وصحيح(١) حماد بن عيسى عن ابي عبدالله عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن علي عليه السلام لاحد على مجنون حتى يفيق ولاعلى صبي حتى يدرك ولاعلى النائم حتى يستيقظ - و صحيح(٢) فضيل بن يسار عنه عليه السلام لاحد لمن لاحدعليه يعني لوان مجنونا قذف رجلالم ار عليه شيئا ولوقذفه رجل فقال يازان لم يكن عليه حد - ومرسل(٣) علي بن ابراهيم المتضمن لقضية ستة نفر اخذوا في الزنا واتوابه الى عمر فامر ان يقام على كل واحد منهم الحد وكان امير المؤمنين عليه السلام حاضرا فقال يا عمر ليس هذا حكمهم - ثم تصدى علي عليه السلام للحكم فيهم فرجم واحداً وضرب عنق آخر وضرب الثالث الحد الى ان قال واما السادس فمجنون مغلوب على عقله سقط عنه التكليف .

وعن الشيخين والصدوق والقاضي وابن سعيد انه لووطء المجنون عاقلة مثلاوجب عليه الحد - لخبر(٤) ابان بن تغلب قال ابوعبدالله عليه السلام اذازنا المجنون اوالمعتوه جلد الحد وان كان محصنا رجم قلت وما الفرق بين المجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة فقال عليه السلام المرئة انما تؤتى والرجل ياتي وانما يزني اذاعقل كيف ياتي اللذة وان المرئة انما تستكره و يفعل بها وهي لاتعقل مايفعل بها - ولكنه لايصلح لمعارضة ما تقدم من جهات فيتعين طرحه أو حمله على ما افاده المصنف ره على من يعتوره الجنون اذازنى بعدعقله لان العلة تنطبق على ذلك أوعلى بقاء شعور له يصلح لثبوت

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث١

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث١

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث١٧

(٤) الوسائل باب ٢١ من ابواب حد الزنا حديث٢

التكليف كما في الوسائل - بل ادعى فيها ان ذلك يفهم من الخبر نفسه فلاتوقف في اشتراط العقل .

في اعتبار العلم بالتحريم

(و) مما يعتبر في ثبوت الحد **(علمه بالتحريم)** حين الفعل أو ما يقوم مقامه من الاجتهاد او التقليد بلاخلاف وفي الجواهر بل يمكن تحصيل الاجماع عليه فضلا عن محكيه - ويشهد به مضافا الى مادل على ان الحدود تدرأ بالشبهات - كالنبوي(١) الخاصي ادرأ والحدود بالشبهات - صحيح(٢) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام لوان رجلا دخل في الاسلام واقر به ثم شرب الخمر وزنا واكل الربا ولم يتبين له شيء من الحلال والحرام لم اقم عليه الحد اذا كان جاهلا الا ان تقوم عليه البينة انه قرأ السورة التي فيها الزنا والخمر واكل الربا واذا جهل ذلك اعلمته واخبرته فان ركبه بعد ذلك جلدته واقمت عليه الحد - ونحوه صحيحا (٣) محمد و الحذاء - ومقتضى اطلاق النصوص عدم الفرق بين كونه جاهلا بالحكم أو الموضوع - وفي الجاهل بالحكم بين القاصر والمقصر - والاجماع على ان الجاهل المقصر في حكم العالم - المتيقن منه غير المقام - وان ثبت الاطلاق لمعقده كان معارضا مع نصوص الباب بالعموم من وجه والترجيح معها - ويشهد له في الجهل بالموضوع - موثق (٤) سماعة سالته عن رجل ادخل جارية يتمتع بها ثم نسي حتى واقعها يجب عليه حد الزاني قال عليه السلام لا ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما اتى .

ثم انه قد يتوهم ان مقتضى اطلاق النصوص سقوط الحد مع عدم العلم بالحرمة وان كان في ظاهر الشرع لا يجوز له المجامعة - بل قال في محكي القواعد ان الحد انما يثبت

---

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٢-٣

(٤) الوسائل باب ٤٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

فى المحرم بالاجماع كالخامسة وذات البعل دون المختلف فيه كالكتابية والمخلوقة من الزنا-وفى الجواهر الاان جملة من عبارات الاصحاب مطلقة فى الاكتفاء بالظن الشامل لما لايعلم صاحبه الحل و ربما لايكون متيقنا لذلك و لامتصورا لحكمه من هذه الجهة انتهى.

اقول اما مادل على ان الحد يدرأ بالشبهة فهو لايشمل ما لو لم يكن فى ظاهر الشرع يجوز له ذلك فانه محكوم عليه بعدم الجواز-واما موثق سماعة فهو كالصريح فى الاختصاص بما لو اعتقد الجواز-واما ساير النصوص فهى ايضا مختصة بصورة اعتقاد الجواز لما فى ذيل الصحيح واذا جهل ذلك اعلمته و اخبرته فان ركبه بعد ذلك جلدته و اقمت عليه الحد فانه من المعلوم ان اخبار المرئة لايوجب العلم بالحرمة وبالجملة مع العلم بالحرمة ظاهرا يكون خارجا من مورد النصوص-ويشهد لثبوت الحد مع الجهالة غير المغتفرة صحيح الكناسى (١) عن ابى جعفر عليه السلام فى امرئة تزوجت فى عدة طلاق لزوجها عليها الرجعة فان عليها الرجم-الى ان قال قلت ارأيت ان كان ذلك منها بجهالة قال فقال مامن امرأة اليوم من نساء المسلمين الاوهى تعلم ان عليها عدة فى طلاق أوموت ولقد كن نساء الجاهلية يعرفن ذلك قلت فان كانت تعلم ان عليها عدة ولا تدرى كم هى فقال عليه السلام اذا علمت ان عليها العدة لزمتها الحجة فتسأل حتى تعلم.

واما ما افاده المصنف ره فالظاهر ان مراده جواز استناد الواطء مع الاختلاف الى القول بالحل وليس المراد انه يدرأ عنه وان علم منه خلاف ذلك.

واما مافى الجواهر فالظاهر ان مراد الاصحاب بالظن هو ما يجوز معه الوطء ولذلك فى كتاب النكاح قال صاحب الجواهر يعرف من ملاحظة كلمات الفقهاء فى الحدود انه لم يشترط احد منهم فى الحد العلم بعدم الاستحقاق فى تحقق الزنا وانتفائه وانما اعتبروا فيه العلم بالتحريم وبنوا عليه ثبوت الحد مع وجوده وسقوطه مع انتفائه فى

(١) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث ٣

جميع المسائل التى فرعوها على اعتبار العلم فى حدالزنا انتهى - فان قيل انه مع عدم احراز الحرمة الواقعية يشك فى صدق الزنا ومعه يشك فى ثبوت الحد - قلنا ان الزنا ليس الا الوطء غير المستحق شرعا الصادق على غير المستحق ظاهرا وقد صرح بذلك الفقهاء قال سيد المدارك فلو كان الظن ممالايجوز التعويل عليه وعلما بذلك فان الوطء يكون زنا ونحوه كلام غيره - مع انه لو سلم كونه عبارة عن وطء غير الزوجة نقول ان الدليل المثبت لعدم الجواز من الخبر او الاستصحاب يثبت به انها ليست زوجته - فبضم الوجدان اليه يتم الموضوع فالاظهر ثبوت الحد فى كل وطء محرم بالاصالة بحسب ظاهر الشرع .

نعم لو اشتبهت زوجته بالاجنبية فوطئها ظنا منه انها اجنبية فظهر انها زوجته لايثبت الحد لعدم الحرمة و انما هو تجر محض و على فرض ثبوت الحرمة بعنوان التجرى فهى غير الحرمة الثابتة بعنوان المجامعة نفسها ولاتوجب الاتصاف بكونها زنا قطعا .

يسقط الحد مع الاكراه

(**و**) مما يعتبر فى ثبوت الحد (**اختياره**) فيسقط الحد مع الاكراه - ويشهد به مضافا الى مادل (١) على رفع مااستكره عليه بناء على ماهو الحق من شموله لجميع الاثار - جملة من النصوص الخاصة - كصحيح (٢) الحذاء عن ابى جعفر عليه السلام ان عليا عليه السلام اتى بامرأة مع رجل فجر بها فقالت استكرهنى والله ياامير المؤمنين فدرأعنها الحد - وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام فى امرئة اقرت على نفسها انه استكرهها رجل على نفسها قال عليه السلام هى مثل السائبة لاتملك نفسها فلوشاء قتلها ليس عليها جلد ولانفى ولارجم و نحوهما غيرهما - ولكن قال جماعة ان فى تحقق الكراهة فى طرف

---

(١) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس - وباب ١٢ و ١٦ من الايمان

(٢-٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

الرجل تردد بل عن الغنية الجزم بعدمه لان الاكراه يمنع من انتشار العضو وانبعاث القوى لتوقفهما على الميل النفسانى المنافى لانصراف النفس عن الفعل المتوقف عليه صدق الاكراه - وعلله فى محكى الكشف بعدم انتشار الالة الا عن الشهوة المنافية للخوف - ويرد عليهما ان حقيقة الاكراه حمل الغير على مايكرهه - وهذا المعنى غير مستلزم للخوف المانع عن تاثير الشهوة فى الانتشار - ولاينافى مع الميل النفسانى فان النفس تميل الى الزنا و لكن النهى الشرعى مانع عنه فلو توعدته على ترك الزنا واحتمل ان يترتب الضرر المتوعد به صدق الاكراه وان كان بنفسه مايلا الى ذلك وانما كان تركه له للنهى الشرعى - مع انه يمكن فرض ادخال الحشفة بدون الانتشار وفى المسالك بعد اختيار امكان تحقق الاكراه فى طرفه قال وعلى كل حال لاحد لانه شبهة و الحديد رأ بالشبهة - وفيه انه على تقدير عدم امكان تحققه فى طرفه لاوجه لسقوط الحد فان العمل كاشف عن عدم الاكراه - اللهم الاان يقال ان مراده على اى حال من ثبوت امكانه والشك فيه وله وجه شبهة والحديد رأبها .

وكيف كان فيثبت للمكرهة على الواطىء مهر المثل كما هو المشهور بين الاصحاب بل لم يذكر كثير منهم خلافا كذا فى المسالك - ويشهد به مضافا الى ان البضع اذا كان محترما عاريا عن المهر يضمن بالتفويت والاستيفاء - خبر(١) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام اذا اغتصب امة فافتضها فعليه عشر قيمتها وان كانت حرة فعليه الصداق - المنجبر ضعفه بالعمل المعتضد بانه لامهر لبغى المشعر بثبوت المهر لما اذا لم يكن لبغى بل صرح بذلك فى العلوى (٢) كل جماع يدرأ عنه الحد فعليه الصداق كاملا - واختار الشيخ فى موضع من الخلاف ثبوت المهر محتجا عليه بنهى النبى صلى الله عليه وآله (٣) عن مهر البغى قال والبغى الزانية - وقد عرفت انه يصلح مؤيدا لادليلا .

---

(١) الوسائل باب ٣٩ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٢) المستدرك باب ٤٢ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٣) الخلاف ج٣ ص١٨٦

فروع

-١ - **(و)** لايكفي العقد بانفراده شبهة دارئة للحد - **(لوعلم التحريم وعقد على المحرم ثبت)** بلاخلاف فيه بيننا وعن غيرواحد ان عليه اجماعنا - والتعرض له مع انه واضح لايحتاج الى بيان - ان اباحنيفة التزم بانه يوجب الشبهة وهى تدرأ الحد - نعم لوتوهم الحل به على وجه اعتقده سقط الحد للشبهة الدارئة له كمالوانفردت عنه - وان كان ذلك لتقصير منه في المقدمات فان التقصير وان اوجب العقاب على الوطء - الا انه من جهة اعتقاده الجواز يكون وطئه شبهة وهى دارئة للحد وقد مر انه مالم يعتقد الجواز لايصدق الشبهة.

-٢- ولواختصت الشبهة باحدهما بان اعتقد احدهما الجواز دون الاخر اختص السقوط به كما سيمر عليك **(و)** عليه ف **(لو تشبهت الاجنبية عليه حدت دونه)** بلاخلاف في وجوب الحد على المرئة - وعلى المشهور في سقوطه عن الرجل - وعن القاضي انه يقام عليها الحد جهرا وعليه سرا - ويشهد للمشهور مادل على سقوط الحد بالشبهة المتقدم - ولما عن القاضي روايته وهى (١) رواية ابي روح ان امرأة تشبهت بامة لرجل وذلك ليلا فواقعها وهو يرى انها جاريته فرفع الى عمر فارسل الى على عليه السلام فقال اضرب الرجل حدا في السر واضرب المرئة حدا في العلانية - ولكنها رواية ضعيفة للارسال ولجهالة عدة رواتها - ومع ذلك فهي معرض عنها عند الاصحاب فلابد من طرحها - وفي الوسائل اقول حمله اكثر الاصحاب على شك الرجل اوظنه وتفريطه في التامل وانه حينئذ يعزر لما تقدم في تزويج امرأة لها زوج وغير ذلك وقد رواه المفيد في المقنعة نحوه الا انه قال فوطأها من غير تحرز انتهى.

-٣- **(ولو ادعى الزوجية اوما يصلح شبهة)** كما لوادعى الاكراه **(سقط الحد)** بالنسبة الى المدعى خاصة ولا يكلف المدعى بينة ولا يمينا بلاخلاف وعن بعضهم

---

(١) الوسائل باب ٣٨ من ابواب حد الزنا حديث ١

الاجماع عليه- ويشهد به صحيح (١) ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلام قال ان عليا عليه السلام اتى بامراة مع رجل فجر بها فقالت استكرهني والله يا امير المؤمنين - فدرأ عنها الحد ولو سئل هؤلاء عن ذلك قالوا لاتصدق وقد والله فعله امير المؤمنين ونحوه غيره مما ورد في عدم الحد على المستكرهة فانها فيما لواقرت هي بالاستكراه وليس في شيء منها التكليف بالبينة اواليمين - وهي وان كانت في دعوى الاكراه الا انه يتم المطلوب- بالغاء خصوصية المورد- وبالاجماع المركب - وعدم القول بالفصل مع ان دعواه مالم يعلم كذبه شبهة في الحل و الحديد رأ بالشبهة - وفي المسالك ولا يسقط فيه من احكام الوطء سوى الحد فلو كانت امة فعليه لمولاه العقد اوحرة مكرهة فمهر المثل ان لم يثبت استحقاق الوطء انتهى - وهو يتم فيما لايقتضي الاصل سقوطه ايضاً .

-٢- **(ولو تزوج المعتدة عالما حد مع الدخول)** بها جلدا اورجما **(وكذا المرئة)** تحد لو تزوجت في عدتها مع علمها بالعدة والتحريم **(ولو ادعى)** احدهما **(الجهالة المحتملة قبل)** من المدعي وكذا ان ادعياه اذا كان ممكنا في حقهما كما عن الحلي وعامة المتاخرين- وعن المقنعة والنهاية اطلاق عدم القبول وقد حمل كلامهما المصنف ره على مالايحتمل الشبهة قال فلامنازعة هنا في الحقيقة - ويشهد للمشهور مضافا الى مادل على ان الحدود تدرأ بالشبهات مادل (٢) من النصوص على ان من دخل في الاسلام وزنى يسقط عنه الحد مادام لم يثبت علمه بحرمة الزنا في الاسلام- واما النصوص (٣) الدالة على انه ان تزوجت ذات البعل اوذات عدة ودخل بها حدت ولايقبل منها دعوى الجهالة فهي وان كانت تدل على ان من تزوج المعتدة اودخل بها يحد وكذا المرئة وكك يجري عليهما الحد ان ادعيا الجهالة غير المحتملة

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث١

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب مقدمات الحدود

(٣) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث

في حقهما - وبه يظهر الحال في كل جهالة لاتحتمل-ولكن مافيها من التعليل يدل على الاختصاص بتلك الجهالة وعدم الشمول للجهالة المحتملة لاحظ-قوله في خبر(١) الحذاء عن الصادق عليه السلام قلت فان كانت جاهلة بماصنعت قال فقال عليه السلام اليس هي في دار الهجرة قلت بلى قال عليه السلام ما من امرأة اليوم من نساء المسلمين الاوهي تعلم ان المرئة المسلمة لايحل لها ان تتزوج زوجين قال ولوان المرئة اذا فجرت قالت لم ادرأ وجهلت ان الذى فعلت حراما ولم يقم عليها الحد اذا لتعطلت الحدود-وقوله في صحيح (٢) الكناسي قلت ارأيت ان كان ذلك منها بجهالة فقال عليه السلام مامن امرأة اليوم من نساء المسلمين الاوهي تعلم ان عليها عدة في طلاق اوموت الحديث .

الاعمى يحد

-٥- ويجب ان (يحد الاعمى) مطلقا جلدا كان اورجما (مع انتفاء الشبهة المحتملة) بلاخلاف بل اجماعا ويشهد به عموم الادلة.

و(لا) يحد (معها) كما عن الاكثر على ما في المسالك بل المشهور كما عن الصيمري وعليه عامة المتاخرين كما في الرياض - وعن الحلي تقييده بما اذا شهد الحال بما ادعاه - واما لوشهدت الحال بخلاف ذلك لم يصدق والظاهر رجوعه الى ما افاده القوم - ونظره في ذلك الى مافي نصوص التزويج في العدة وتزويج ذات البعل المتقدمة - وعن التنقيح تقييد قبوله بكونه عدلا - وعن الشيخين والقاضي وسلار عدم القبول مطلقا - والاول اظهر لمادل على ان الحد يدرأ بالشبهة - وفي المسالك الاستدلال له ايضاً بانه مسلم والاصل في اخباره المطابقة -ويرده ان خبره حجة ان كان ثقة بناء على المختار من حجية خبر الواحد في الموضوعات والافلا ولعله الى ذلك نظر صاحب التنقيح-ويرد عليه انه وان لم يكن قوله حجة الاانه شبهة وهي تدرأ الحد واستدل لماعن الشيخين بانه قد كان ينبغي له ان يتحرز ويتحفظ من الفجور-وفيه

(١-٢) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث ١-٣.

ان ذلك لاينافي حصول الشبهة كما مروهي تدرأ الحد .

الاقرار المثبت للزنا

(ويثبت) الزنا على كل من الرجل والمرئة **(بالاقرار من اهله)** فان اقرا ثبت عليهما الحد وان اقراحدهما ثبت عليه خاصة بلاخلاف ولا اشكال لعموم مادل(١) على الثبوت بالاقرار ـ وللنصوص (٢) الخاصة ـ ولكن يشترط في الثبوت به امور ـ ١ ـ بلوغ المقر فلاعبرة باقرار الصبي وان كان مراهقا كساير اقراراته ـ٢ ـ كمال عقله فلاعبرة باقرار المجنون حال جنونه ـ ٣ـ الاختيار فلايلتفت الى اقرار المكره عليه ـ ويشهد به مضافاً الى مادل (٣) على رفع ما استكره عليه ـ قول امير المؤمنين عليه السلام في حسن(٤) ابي البختري من اقر عند تجريد اوحبس اوتخويف اوتهديد فلاحد عليه ـ ولاعبرة ايضاً باقرار السكران والغافل والنائم .

ـ٤ ـ تكرار الاقرار **(اربع مرات)** بلاخلاف بل عليه اتفاق الاصحاب الاماعن ظاهر ابن ابي عقيل من الاكتفاء بالمرة ويشهد له حسن (٥) جميل عن الصادق عليه السلام في حديث ولا يرجم الزاني حتى يقر اربع مـرات ـ والمعتبرة (٦) المتضمنة لقضية امرأتين جائتا الى امير المؤمنين عليه السلام وقالتا اناقد زنينا فطهرنا ـ وفي احداها كان يقول في كل واحدة اللهم انها شهادة وهذه ثنتان الى الاربع فقال اللهم انه قدثبت لك عليها اربع شهادات ثم رجمها ـ واما صحيح (٧) الفضيل بن يسار عن الصـادق عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق من حدود الله تعالى مرة واحدة حرا

---

(١) الوسائل باب ٣ من الاقرار

(٢-٥-٦) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٠-٣-٠

(٣) الوسائل باب ٥٦ من ابواب جهاد النفس وباب ١٢و١٦ من الايمان

(٤) الوسائل باب ٧ ـ من ابواب حد السرقة حديث٢

(٧) الوسائل باب٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

كان او عبدا حرة كانت اوامة فعلى الامـام ان يقيم الحد عليه للذى اقر به علـى نفسه كائنا من كان الاالزانى المحصن فانه لايرجمه حتى يشهد عليه اربعة شهداء الى ان قال فقال له بعض اصحابنا يا اباعبدالله فما هذه الحدود التى اذا اقربها عند الامام مرة واحدة على نفسه اقيم عليه الحد فيها فقال عليه السلام اذا اقر على نفسه عند الامام بسرقة الى ان قال واذا اقر على نفسه بالزنا وهو غير محصن فهذا من حقوق الله الحديث فقد حمله بعضهم على غير حد الزانى جمعا على ما نقله فى الرياض وذكر فى الجواهر احتمالا وهو غريب لتصريحه عليه السلام بحد الزانى - ولكنه لا يصلح لمعارضة ما تقدم فيتعين طرحه

فلو اقر دون الاربع لم يجب الحد - وهل يجب التعزير عليه كما عن الشيخين وابن ادريس والمصنف فى القواعد - ام لا كما عن الاردبيلى الميل اليه وجهان - من عدم التعزير بالاقرار الواقع عند النبى صلى الله عليه وآله وسلم و الوصى عليه السلام مع ما فى بعضها من (١) التراخى الطويل بين الاقارير - و من عموم ما دل على الاخذ بالاقرار المقتصر فى الخروج عنه على الحد للدليل وبه يثبت المعصية عليه فيجب التعزير.

وهل يعتبر كون الاقرار اربعا فى اربع مجالس كما عن الخلاف والمبسوط وابن حمزة ام لا يعتبر ذلك بل لو اقر اربعا فى مجلس واحد كفى كما هو المشهور بين الاصحاب بل عليه عامة من تاخر كما فى الرياض وجهان - اشهرهما الثانى لاطلاق النصوص - واستدل للاول بالاجماع المحكى عن الخلاف - وما وقع من (٢) تعداد الاقارير عند النبى صلى الله عليه وآله وسلم والوصى عليه السلام - ولكن الاجماع موهون بذهاب الاكثر الى خلافه - والوقوع عندهما كك لا يستلزم عدم الحد على التقدير الاخر لعدم المفهوم لما تضمن تلك القضايا فانها قضايا فى وقايع.

ثم انه لو اقر بالزنا بامرأة عفيفة معينة - فهل يثبت القذف للمرئة بذلك فيثبت عليه حد القذف ام لا فيه قولان بل اقوال - والحق ان يقال انه ان قال قولا ظاهرا فى زنا المرئة ايضا وعدم الشبهة من ناحيتها ايضا ثبت القذف - والا فلا لاحتمال الاشتباه

(١-٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا

والاكراه فلايكون اقراره بالزنا على نفسه قذفالها بذلك ـ واماخبر (١) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله لاتسالوا الفاجرة من فجربك فكماهان عليها الفجور يهون عليها ان ترمي البريء المسلم ـ والعلوى (٢) اذاسئلت الفاجرة من فجربك فقالت فلان جلدتها حدين حداللفجور وحد الفريتها على الرجل المسلم ـ فلاينافيان ماذكرناه فانهما في مالوقالت فجربي فلان ولايشملان مالوكان اقراره غيرظاهر في فجور الطرف الاخر ـ واماصحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل قال لامرأته يازانية انازنيت بك قال عليه السلام عليه حدواحد لقذفه اياها واماقوله انازنيت بك فلاحدفيه الاان يشهد على نفسه اربع شهادات بالزنا عند الامام فهومشعر بما اخترناه من التفصيل ـ فما في المسالك من ان الوجه ثبوت القذف بالمرة مع الاطلاق لانه ظاهر فيه والاصل عدم الشبهة والاكراه ـ غيرتام كما ان ماعن الشيخين والحلي من انه يثبت القذف مع الاطلاق الاان يفسر بالاشتباه اوالاكراه الذي اختاره في المسالك ايضالايتم .

لو اقر بحدولم يبينه

ولو اقر بحدولم يبينه لم يكلف البيان بلاخلاف كمافي الرياض وخبر قيس الاتي شاهدبه ومعه لايصغى الى ماقيل من ان الفرض اقراره بحق عليه فيكلف البيان لئلايلزم تعطيل الحدود .

وعن الشيخ والقاضي والمحقق في النافع وصاحب الجواهر انه يضرب حتى ينهى عن نفسه ـ وعن الحلي اختياره الاانه اضاف اليه انه لاينقص عن ثمانين ولايزاد على المائة ـ وعن المصنف في جملة من كتبه اختياره ـ وعن المحقق في الشرايع استصوابه

(١ـ٢) الوسائل باب ٤١ من ابواب حدالزنا حديث ١ـ٢

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد القذف حديث١

فی طرف الكثرة دون طرف النقصان ـ والمستند خبر(١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام فی رجل اقر علی نفسه بحد ولم يسم ای حد هو قال عليه السلام امر ان يجلد حتی يكون هو الذی ينهی عن نفسه فی الحد .

واورد عليه ـ تارة بضعف السند باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره كما فی المسالك ـ واخری بانه يعارضه خبر(٢) انس قال كنت عند النبی صلی الله عليه وآله وسلم فجائه رجل فقال يارسول الله انی اصبت حدا فاقمه علی ولم يسمه فحضرت الصلاة فصلی النبی صلی الله عليه وآله وسلم الصلاة فقام اليه الرجل فقال يارسول الله انی اصبت حد افاقم فی حد الله قال أليس قد صليت معنا قال نعم قال فان الله قد غفر لك ذنبك أو قال حدك ـ وثالثة بان الحديث يشمل الرجم والقتل بالسيف والاحراق بالنار ورمی الجدار عليه وماشا كل فهو مجمل .

ولكن السند صحيح علی الاصح ـ لان المراد بمحمد بن قيس فيه الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه وغيرها ـ وماعن الاردبيلی من تضعيفه لوجود سهل فی طريقه يدفعه ما مر غير مرة ان سهلا ثقة علی الاظهر ـ وخبر انس ضعيف السند وليس من طرقنا بل هو من طرق العامة مع انه يحتمل صدور التوبة منه ـ والاخير اجتهاد فی مقابل النص .

وبه يظهر مافی المسالك قال ويشكل الخبر ايضا باستلزامه انه لو نهی فيمادون الحدود المعلومة قبل منه وليس هذا حكم الحد ولا التعزير وايضا فانه من الحدود مايتوقف علی الاقرار اربعا ومنها مايتوقف علی الاقرار مرتين ومنها مايكفی فيه المرة فلايتم اطلاق القول بجواز بلوغ المائة مع الاقرار دون الاربع وبلوغ الثمانين بدون الاقرار مرتين واشتراط ذلك كله خروج عن مورد الرواية رأسا انتهی ـ اذ ذلك كله اجتهاد فی مقابل النص الصحيح المعمول به عند جمع من الاصحاب .

واماما عن الحلی فقد استدل له بانه لاحد دون الثمانين وبما عن(٣) المقنع قضی

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٢) صحيح البخاری ج ٨ ص ٢٠٧ باب اذا اقر بالحد ولم يبين

(٣) المستدرك باب ٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

امير المؤمنين عليه السلام في رجل اقر على نفسه بحد ولم يبين اى حدهو ان يجلد حتى يبلغ ثمانين فجلد ثم قال لواكملت جلدك مائة ماابتغيت عليه بينة غير نفسك ـ ويرد على الاول مضافا الى انه لايعتنى به في مقابل النص ـ ان الحد في القيادة خمسة وسبعون فليس اقله الثمانين ـ ويرد الثاني انه مرسل لايصلح لتقييد الصحيح ـ واستدل لماعن المصنف وفي الشرايع بان الحد لايزيد على المائة ـ وبماقدمناه يظهر مافي ذلك ايضا .

وعن اللمعة والروضة وكشف اللثام ان اطلاق النص وكلمة الاصحاب منزل على الحدالذى يقتضيه ماوقع من الاقرار فلايحد مائة مالم يقر اربعا ولاثمانين مالم يقر مرتين ولايتعين المائة اذا اقر اربعا ولاالثمانون اذااقر مرتين ـ وفي الرياض ولعل التنزيل للجمع بين الادلة ولاباس به ـ وفيه ان مقتضى اطلاق النص الاكتفاء بالاقرار مرة وانه يضرب مالم ينه وان زاد على المائة وحيث انه حكم تعبدى وارد في مورد خاص ولامقيدله من الادلة فان النصوص المقدرة للحدود انما هى فيما لواقر بالزنا اوالسرقة اوماشاكل وهذاالخبر فيمالواقر بحد بنحو الاجمال ـ فلاسبيل الى دعوى ان الجمع بين الادلة يقتضى ذلك ـ فالمتحصل ان الاظهر هوماعن الشيخين و القاضى والله العالم .

البينة المثبتة للزنا

ثم انه لا اشكال في انه يثبت الزنا الموجب للحد بالبينة ـ انما الكلام في العدد المعتبر فيها ـ وانه هل يكفى شهادة النساء منضمات الى الرجال ام لا قال قده **(او بشهادة اربعة رجال عدول او ثلاثة و امرأتين)** ثبوته بالاولى مجمع عليه والكتاب(۱) والسنة المستفيضة(۲) شاهدان به .

واما ثبوته بالثانية فهو الاشهر بل عليه عامة من تاخرعدا من سيذكر كما في

---

(۱) النساء آية ۱۵ النور آية ۳

(۲) الوسائل باب ۱۲ من ابواب حدالزنا

الرياض ونفى عنه الخلاف بعضهم وادعى الاخر عليه الاجماع - ويشهد به نصوص كصحيح (١) ابن سنان عن ابى عبدالله عليه‌السلام لاتجوز شهادة النساء فى رؤية الهلال ولايجوز فى الرجم شهادة رجلين واربع نسوة ويجوز فى ذلك ثلاثة رجال وامراتان الحديث - وحسن (٢) زرارة عن ابى جعفر عليه‌السلام فى حديث قال على عليه‌السلام تجوز شهادة النساء فى الرجم اذا كان ثلاثة رجال وامراتان واذا كان اربع نسوة ورجلان فلايجوز الرجم - وخبر (٣) زيد الشحام سألته عن شهادة النساء قال لاتجوز شهادة النساء فى الرجم الامع ثلاثة رجال وامراتين فان كان رجلان واربعة نسوة فلاتجوز فى الرجم - ونحوها غيرها

وعن العمانى والمفيد وسلار عدم ثبوته بها - لمادل من النصوص المتقدمة على عدم قبول شهادتهن فى الحدود - وللنصوص (٤) الحاصرة لقبول الشهادة فى الزنا باربعة شهود اذليس المراد بهم مايعم النساء فان مايحتمل انما هو ثبوته بثلاثة رجال وامرأتين - ولصحيح (٥) محمد بن مسلم عن الصادق عليه‌السلام اذا شهد ثلاثة رجال وامرأتان لم يجز فى الرجم الحديث - وبان الحصر فى الاول منصوص فى الكتاب - وبالاصل.

ولكن نصوص عدم قبول شهادتهن فى الحدود مطلقة يقيد اطلاقها بمامر من النصوص - والاخبار الحاصرة لو تمت دلالتها غايتها الاطلاق والمقيد مقدم على المطلق - والصحيح قاصر عن المعارضة للنصوص المتقدمة الموافقة لفتوى جل الاصحاب التى هى اول المرجحات - وليس فى الكتاب مايدل على الحصر هكذا اجيب عن الاستدلال بالاية - ويمكن ان يقال ان قوله تعالى (٦) «والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» يدل على ذلك فانه يدل بالاطلاق على وجوب حد القذف وان اتى بثلاثة رجال وامرأتين - فالحق فى الجواب ان اطلاقه ايضا يقيد بالنصوص المتقدمة - فالاظهر انه يثبت بها ايضا - فما - عن المختلف من التوقف ضعيف

(١-٢-٣-٥) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ١٠-١١-٣٢-٢٨

(٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٦) النور آية ٤

(ولو شهد رجلان واربعة نسوة ثبت الجلد دون الرجم) كما عن الشيخ في النهاية والاسكافي والحلي والمصنف هنا وفي التحرير والقواعد والشهيدين في اللمعتين وعن العلامة المجلسي انه المشهور بين الاصحاب - وعن الصدوقين والقاضي والحلبي والمصنف في المختلف عدم ثبوت الجلد وقال في المسالك وليس على ثبوت الجلد بشهادة رجلين واربع نساء دليل صالح فان جماعة من الاصحاب ذهبوا الى عدم وجوب شيء بهذه البينة لذلك وهو الوجه - وعن الشيخ في الخلاف ثبوت الرجم بها ايضا .

والاول اظهر لموثق (١) الحلبي كالصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال وامرأتان وجب عليهم الرجم وان شهد عليه رجلان واربعة نسوة فلا تجوز شهادتهم ولا يرجم ولكن يضرب حد الزاني

واستدل للثاني - بصحيح (٢) محمد بن الفضيل عن ابي الحسن الرضا عليه السلام في حديث وتجوز شهادتهن في حد الزنا اذا كان ثلاثة رجال وامرأتان ولا تجوز شهادة رجلين واربع نسوة في الزنا والرجم - اذ ليس في ذكر الزنا مع الرجم فائدة الا بيان عدم ثبوت الجلد ايضا - المؤيد بعموم ما دل على عدم قبول شهادتهن في الحدود - ولكن الصحيح وان كان في نفسه ظاهرا في ذلك لما ذكر ولاطلاق قوله لا تجوز في الزنا الا ان الجمع بينه وبين الموثق يقتضي تقييد اطلاقه به - وحمل قوله في الزنا والرجم على ارادة الزنا المترتب عليه جميع احكامه منها الرجم فيكون قوله والرجم تفسيرا للزنا - وان ابيت عن كون ذلك جمعا عرفيا فالموثق يقدم للشهرة - واما عموم ما دل على عدم قبول شهادتهن في الحدود - فيخصص بالموثق ومعه لا يصلح للتاييد :

واما ما عن الخلاف فلم اظفر بمستنده والنصوص المتقدمة تدل على خلافه - فما هو المشهور هو المنصور .

---

(١) الوسائل باب ٣٠ من ابواب حد الزنا حديث١

(٢) الوسائل باب ٢٤ من كتاب الشهادات حديث ٧

(و) بماذكرناه ظهرانه **(لايقبل)** شهادة **(رجل واحدمع النساء وان كثرن)** كست نساء أو اكثر ـ ولاشهادة النساء منفردات عن الرجال كماهو المشهور بين الاصحاب بل لاخلاف يعتدبه ـ لما دل (١) على عدم قبول شهادتهن في الحدود المقيد اطلاقه بمامر ـ ولمفهوم صحيح محمد بن الفضيل المتقدم ـ واما عدم ثبوت الرجم بهما فالنصوص المتقدمة شاهدة به مضافا الى ذلك .

(ولوشهد اقل من اربعة) ومن في حكمهم لم يثبت الحد و **(حدوا للفرية)** اجماعا للاية الكريمة(٢) المتقدمة ـ ولتسميتهم الله تعالى كاذبين ـقال سبحانه (٣) «لولا جائوا عليه باربعة شهداء فاذلم ياتوا بالشهداء فاولئك عندالله هم الكاذبون» وللاخبار(٤) الكثيرة الاتي طرف منها .

بل لواقام الشهادة بعض الشهود في وقت عدم حضور الباقين على وجه لايحصل به اتصال الشهادة عرفا حدوا للقذف ولا ينتظر اتمام البينة بلاخلاف محقق اجده فيه الامايحكى عن جابر بن سعيد وهوشاذ كذا في الجواهر ـويشهد به خبر(٥) السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام في ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فقال عليه السلام واين الرابع قالوا الان يجيىء فقال علي عليه السلام حدوهم فليس في الحدود نظر ساعة ـوخبر(٦) عباد البصري عن الباقر عليه السلام عن ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا وقالوا الان ياتي بالرابع قال عليه السلام يجلدون حدالقاذف ثمانين جلدة كل رجل منهم ـ المنجبر ضعفهما لو كان بالعمل والاستناد .

وهل يقبل الشهادة اذاتكاملت الشهود بان حضر الرابع بعدالحد وشهد ـ الظاهر ذلك كما عن الشيخ وغيره لاطلاق الادلة ـ و عدم الدليل على اعتبار حضور الجميع قبل الشهادة للاقامة بحيث لايكفي لو تفرقوا في الحضور وان اجتمعوا في الاقامة كما

---

(١) الوسائل باب٢٤ من كتاب الشهادات حديث٢٩-٣٠-٤٢

(٢-٣) النور آية ٤-و١٣

(٤-٥-٦) الوسائل باب ١٢ من ابواب حدالزنا حديث ٠-٩-٨-

عن المصنف ره في القواعد وولده في الشرح ـ واما ماذكروه من اعتبار ايقاع الشهادة في مجلس واحد فان كان اجماعيا كما هو ظاهر المسالك وعن ظاهر المختلف والا فالاظهر عدم اعتباره ايضا ـ والظاهر عدم الاجماع ـ قال الشيخ في الخلاف اذا تكامل شهود الزنا فقد ثبت الحكم بشهادتهم سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس وشهادتهم مفترقين احوط انتهى .

ثم انه لافرق في ثبوت الحد على الشهود بين ما اذا لم يحضر بعضهم مجلس الشهادة اوحضر ولم يشهد لصحيح (١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لايجلد رجل ولا امرئة حتى يشهد عليهما اربعة شهود على الايلاج والاخراج وقال لا كون اول الشهود الاربعة اخشى الروعة ان ينكل بعضهم فاجلد ـ فما عن المصنف ره في المختلف من عدم ثبوت حد القذف في الثاني ـ غريب واغرب منه ما استدل به لذلك من الوجوه الاعتبارية .

يعتبر في الشهادة اتفاقها والمشاهدة

(**و يشترط في الشهادة اتفاقها من كل وجه**) بتواردهم على الفعل الواحد فلو اختلفوا كان شهد بعضهم على وجه مخصوص والباقون على غيره اوشهد بعضهم في زاوية مخصوصة اوبيت والاخرون في غيره اوشهد بعضهم في يوم الجمعة والباقون في يوم السبت وهكذا لم يحد المشهود عليه وحد الشهود للفرية بلا خلاف بل ولا اشكال مع عدم اتفاق الشهود على شيء واحد كما في غير المقام من موارد الشهادة ومع ذلك يشهد به موثق (٢) عمار الساباطي عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل يشهد عليه ثلاثة رجال انه قد زنا بفلانة ويشهد الرابع انه لايدري بمن زني قال عليه السلام لايحد ولا يرجم .

و هل يعتبر زايدا على ذلك انه لو تعرض بعضهم لخصوصية تعرض الباقين لها ولا يكفي الاطلاق ولا قوله لا اعلم فيكون ذلك شرطا تعبديا في المقام كما هو الظاهر من

(١ـ٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ١١ـ٦

عبارات الاصحاب على ماقيل - ام لا يعتبر ذلك كما هو صريح المسالك وغيرها وجهان - من الموثق والتتميم في غير مورده بالاجماع المركب - ومن انه حكم تعبدي يقتصر على مورده ولا اجماع مركب وهذا هو الاظهر .

وعليه فلو اطلق الشهود بمعاينة الادخال و الاخراج على وجه الزنا من غير تعرض للزمان والمكان كفى ويحد المشهود عليه كما صرح به الاصحاب- قال الشيخ في محكي النهاية فالبينة بالزنا وهو ان يشهد اربعة نفر عدول على رجل بانه وطى امرأة وليس بينه وبينها عقد ولا شبهة عقد شاهدوه وطئها في الفرج فاذا شهدوا كذلك قبلت شهادتهم وحكم عليه بالزنا و كان عليه ماعلى فاعله مما بينه انتهى وهذا صريح في عدم اعتبار التقييد بالزمان والمكان وقريب منه كلمات غيره .

(و) كذا يعتبر فيما ذكر **(المشاهدة عيانا)** للولوج في الفرج **(كالميل في المكحلة)** لصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال امير المؤمنين لا يرجم رجل ولا امرأة حتى يشهد عليه اربعة شهود على الايلاج والاخراج - وصحيح(٢) الحلبي عن ابيعبدالله عليه السلام حد الرجم ان يشهد اربع انهم راوه يدخل ويخرج- وموثق (٣) ابي بصير عنه عليه السلام لا يرجم الرجل والمرئة حتى يشهد عليهما اربعة شهداء على الجماع والايلاج والادخال كالميل في الملكحلة ونحوها غيرها - هكذا استدلوا في المقام .

والحق في المقام ان يقال ان في المقام امورا- ١ - انه هل يتوقف ثبوت الحد على كون الشهادة بخصوص الادخال والاخراج ام تكفي الشهادة بالمقدمات كالجلوس منها مجلس الرجل من امرأته - ٢ - هل يعتبر العلم بذلك ام يكفي الظن مثلا - ٣ - هل يعتبر زايدا على العلم الشهادة بالرؤية فلو علموا بذلك من غير ناحية الرؤية لا يكفي ام لا يعتبر ذلك - ٤ - هل يعتبر كون الشهادة نصاً ام يكفي الظهور العرفي وقد وقع الكلام بينهم في كل واحد من هذه الامور مع الخلط بينها .

اما الاول فالظاهر اعتباره للنصوص المتقدمة- ولما دل على ثبوت الحد للزنا وان

(١-٢-٣-) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ٢-١-٤-

حقيقته ادخال الذكر في فرج من تحرم عليه - واما موثق(١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام اذا قال الشاهد انه قد جلس منها مجلس الرجل من امرأته اقيم عليه الحد - ففي الجواهر انه قاصر عن مقاومة غيره سنداً او عدداً بل وعملا - وعن الشيخ والعلامة المجلسي العمل به والجمع بينه وبين النصوص المتقدمة بانه في الجلد وهي في الرجم فلا تعارض قال المجلسي واما الاخبار الواردة في اجتماع الرجل والمرئة في لحاف واحد فمنها ما يدل على الحد وهو موافق للموثق ومنها ما يدل على النقيصة وهو يحمل على التقية - اقول اما اخبار المضاجعة في لحاف واحد فسياتي الكلام فيها عند تعرض المصنف ره لتلك المسألة - واما الموثق فالظاهر منه كون التعبير المذكور تعبيرا عن الزنا وليس المراد به جلوسه في وسط رجليها من دون ان يدخل بها ويكون ذلك تعبيرا كنائيا - وعليه فلا ينافي النصوص الدالة على اعتبار الادخال والاخراج .

واما الثاني فيشهد باعتباره جميع ما دل على اعتبار العلم بالمشهود به في الشهادة واما النصوص المتقدمة فليس فيها ما يدل على ذلك سوى تضمن الشهادة بالرؤية ولكن العمومات كافية .

واما الثالث فقد يستدل لاعتبار كون الشهادة بالرؤية بان الشهادة انما تسمع بما عوين اوسمع ولا معنى المزنا حقيقة الا ذلك فلا تسمع الشهادة به الا اذا عوين كما ذكره في الرياض - ويرد عليه ما تقدم منا في كتاب الشهادات من انه لا دليل على اعتبار السماع أو المعاينة في الشهادة وانما المعتبر هو العلم خاصة .

وقد يستدل له بخبري(٢) ابي بصير المتضمنين لقوله عليه السلام حد الرجم في الزنا ان يشهد اربعة انهم راوه يدخل ويخرج وقريب منهما غيرهما - ولكن بواسطة ما دل على اعتبار العلم في الشهادة وبقية نصوص الباب المتضمنة لانه لا يرجم الا اذا شهد عليه اربعة شهداء بالايلاج والادخال بلا اعتبار شيء آخر وكون الرؤية طريقا الى العلم بالمشهود به - يمكن ان يقال ان الرؤية الماخوذة في الموضوع انما هي لاجل طريقيتها

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ١٠-٥-٤

الى ثبوت المشهود به الذى يكون من المبصرات لالخصوصية فيهـا وعليه فسبيل الخبرين سبيل مادل على اعتبار العلم فى الشهادة ولايدلان على اعتبارشىء زايداعليه ويترتب على هذا قيام الامارات الاخرمقامها ـ وكذاالعلم الحاصل من طريق آخر وان ابيت عن ذلك فالمتعين تخصيصهما بموردهما وهو الرجم ولا دليل على اعتبار الرؤية و المشاهدة فى ثبوت الجلد ـ واطلاق ساير الادلة والاصل يدلان على عدم الاعتبار ـ والاجماع المركب التعبدى غير ثابت سيما وان جماعة اعتبروا المشاهدة لبنائهم على اعتبارهافى الشهادات مطلقا ـ فلاينبغى التوقف فى عدم اعتبار المشاهدة فى ثبوت الجلد ـ

واما الرابع فالنصوص المتقدمة المصرحة بالشهادة بالايلاج والاخراج والجماع وان كانت مشعرة باعتبار الصراحة ـ ولكن الظاهر كفاية الظهور العرفى فانه اذا كان لكلامه ظهور فى الايلاج كان ذلك شهادة به ويشمله اطلاق الادلة المتقدمة (وما) فى الرياض من انه اذا شهدلابنحوالصراحة كما لوشهد بانه زنى بها لان الزنا يطلق على التفخيذ ونحوه فلولم يصرح الشهود بالادخال والاخراج لم يكن الشهادة نصافى الموجب للحد ـ يدفعه ـ انه لايضرعدم كونه نصافيه بعد كونه ظاهرا والظهورحجة عقلائية ـ وبما ذكرناه ظهرما فى كلمات القوم فى المقام .

حد التقبيل والمضاجعة

(ولوشهدوا بالمضاجعة والمعانقة والتقبيل والتفخيذ) ونحو ذلك مما هو استمتاع بمادون الفرج ومحرم **(ثبت التعزير)** خاصة فيناط بما يراه الحاكم بلاخلاف ـ للنصوص (١) الدالة على ان كل من خالف الشرع فعليه حد او تعزير ـ وخصوص النصوص الدالة على ثبوت التعزير فى هذا الباب فى الموارد الخارجة عما قدرفيها الحد ـ كزناغير البالغ ـ والبالغة ـ وغيرهما ـ والتعزير انما فوض الى الحاكم

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمات الحدود

ولكن في خصوص ما لو وجد الرجل والمرئة في لحاف واحد روايتين - احداهما ثبوت الحد عليهما الاحظ - صحيح (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام حد الجلد ان يوجدا في لحاف واحد الحديث - وحسن (٢) ابن سنان عنه عليه السلام حد الجلد في الزنا ان يوجدا في لحاف واحد - وصحيح (٣) الحذاء عنه عليه السلام اذا وجد الرجل والمرئة في لحاف واحد جلدا مائة جلدة - ونحوه خبر (٤) ابي بصير - و موثق البصري (٥) عنه عليه السلام اذا وجد الرجل والمرئة في لحاف واحد قامت عليهما بذلك بينة ولم يطلع منهما على سوى ذلك جلد كل واحد منهما مائة جلدة - وصحيح (٦) الكناني عنه عليه السلام في الرجل والمرئة يوجدان في لحاف واحد جلدا مائة مائة - ونحوها غيرها ثانيتهما - ما دل على انه يجلد كل واحد منهما دون الحد كصحيح (٧) حريز عن الصادق عليه السلام ان عليا عليه السلام وجد رجلا وامراة في لحاف واحد فضرب كل واحد منهما مائة سوط الا سوطا - وخبر (٨) الشحام عنه عليه السلام في الرجل والمرئة يوجدان في اللحاف قال عليه السلام يجلدان مائة مائة غير سوط - ونحوهما غيرهما .

وربما يجمع بينهما تارة بحمل نصوص المائة على التقية - واخرى على علم الامام بالزنا - وثالثة على من عزره الامام دفعتين - ولكن الحمل على التقية يتم مع عدم امكان الجمع وعدم وجود غيره من المرجحات السابقة على ذلك - والاخيرين جمعان تبرعيان لاشاهد لهما بل موثق البصري يشهد بخلاف الاول .

والصحيح ان يقال ان نصوص المائة اعرض الاصحاب عنها فهي ساقطة عن الحجية ولا بأس بحملها على التقية - وقد ورد نظيرها في رجلين أو امراتين يوجدان في لحاف واحد وفي الرجلين (٩) رواية مشعرة بكون ذلك للتقية - واما المائة الا سوط فلم اجد قائلا بتعينها بل المشهور بين الاصحاب عدم التقدير الا بما دون الحد - ولا بأس بحمل نصوصها على ارادة المائة الاسوط فما دون الحد بقرينة

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧-٨-٩) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ١ -٤-٥ ٧ -٩-١٠ - ٢٠ -٣-٢

فتوى الاصحاب ـ واماماعن المقنعة والاسكافي من التحديد في طرف الاقل بالعشرة فلاوجه له كما لاوجه لما عن بعضهم من التحديد بالثلاثين فمافوق ـ

لو اقر بالزنا ثم انكر

(ولو اقر بمايوجب الرجم ثم انكر سقط) عنه بلاخلاف بل عليه الاجماع له وللصحيح(١)عن ابي عبدالله عليه السلام من اقر على نفسه بحد اقمته عليه الا الرجم فانه اذا اقر على نفسه ثم جحد لم يرجم ـ وصحيح (٢) الحلبي عنه عليه السلام في رجل اقر على نفسه بحد ثم جحد بعد فقال اذا اقر على نفسه عند الامام انه سرق ثم جحد قطعت يده وان رغم انفه وان اقر على نفسه انه شرب خمرا اوبفرية فاجلدوه ثمانين جلدة قلت فان اقر على نفسه بحد يجب فيه الرجم أكنت راجمه قال لاولكن كنت ضاربه الحد ـ ومثله صحيحا (٣) محمد والكناني ـ وصحيحه (٤) الاخر ـ ومرسلا (٥) جميل

(و) منها يستفاد انه **(لو كان)** الاقرار **(بـ)** موجب **(حد)** ثم جحد **(لم يسقط)**

(ولو اقر) بموجب حد **(ثم تاب)** عنه **(تخير الامام)** في الاقامة عليه والعفو عنه رجما كان اوغيره بلاخلاف الاعن الحلي في الرجم ـ و استدل له بمرسل البرقي وخبر تحف العقول الاتيين ـ وهما وان كانا مطلقين شاملين لصورة الرجوع والتوبة وعدمهما ـ لكنه يقيد اطلاقهما في صورة الرجوع بالصحاح المتقدمة وفي صورة عدم التوبة بالاجماع فيختصان بصورة التوبة ـ وهماوان اختصا بالامام كظاهر الفتاوى الاان الظاهر بواسطة التعليل في خبر تحف العقول كون المراد بالامام مطلق من يجري الحدود اويتعدى عنه الى غيره بعموم العلة وعدم القول بالفصل ـ فيثبت التخيير للحاكم ايضا في زمان الغيبة ـ ولافرق في ذلك بين حدود الله والحدود التي للناس وان كان بينهما فرق من ناحية اخرى ٠ هي انه في حق الناس لصاحب الحق ان يعفى عنه دون

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-١-٢-٤-٥

الامام ـ كما يشهد به نصوص ـ كخبر (١) الكناسي عن الباقر عليه السلام لايعفى عن الحدود التي لله دون الامام فاماما كان من حق الناس في حد فلابأس بان يعفى عنه دون الامام وسيأتي تمام الكلام فيه في حدالسرقة .

(ولو تاب) عن موجب الحد **(بعد)** قيام **(البينة تحتمت الاقامة ولو كان قبلها سقط الحد)** على المشهور في الاول ـ و بلاخلاف في الثاني ـ يشهد للاول خبر(٢) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل اقيمت عليه البينة بانه زنى ثم هرب قبل ان يضرب ـ قال عليه السلام ان تاب فما عليه شيء وان وقع في يد الامام اقام عليه الحد وان علم مكانه بعث اليه ـ والمراد من قوله فما عليه شيء بقرينة مابعده فيما بينه وبين الله تعالى ـ ومادل على الفرق بين الاقرار والبينة ـ كمرسل (٣) البرقي عن بعض الصادقين عليه السلام في حديث اذاقامت البينة فليس للامام ان يعفو واذا اقر الرجل على نفسه فذاك الى الامام ان شاء عفى وان شاء قطع ـ وخبر (٤) تحف العقول عن ابي الحسن الثالث عليه السلام في حديث واما الرجل الذي اعترف باللواط فانه لم يقم عليه البينة وانما تطوع بالاقرار من نفسه الحديث ـ ومادل على الرد الى الحفيرة لوقامت البينة وعدمه لواقر ـ كخبر (٥) الحسين بن خالد قلت لابي الحسن عليه السلام اخبرني عن المحصن اذا هو هرب من الحفيرة هل يرد حتى يقام عليه الحد قال عليه السلام يرد ولايرد فقلت وكيف ذاك فقال ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيرة بعدما يصيبه شيء من الحجارة لم يرد وان كان انما قامت عليه البينة وهو يجحد ثم هرب رد وهو صاغر حتى يقام عليه الحد ـ الحديث ونحوه غيره فتامل .

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٣ـ٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣ـ٤

(٥) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

واما الثاني اى لو تاب قبل قيام البينة سقط الحد - فيشهد له - مرسل(١) جميل كالصحيح عن احدهما عليهما السلام في رجل سرق اوشرب الخمر اوزنا فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلح فقال عليه السلام اذا صلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد قال ابن ابى عمير قلت فان كان امرئاً غريبا لم تقم قال لو كان خمسة اشهر اواقل وقد ظهر منه امر جميل لم تقم عليه الحدود روى ذلك بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام - ولو ادعى اذا اخذ التوبة قبل الثبوت قبل من غير يمين للشبهة .

حد من زنى باحدى المحارم

(و) اما الامر الثاني وهو بيان الحد - واقسامه - فاعلم انه انما **(يقتل الزاني)** اذا زنى **(بامه او باحدى المحرمات نسبا)** كالبنت والاخت والعمة والخالة ومن شاكل بلا خلاف اجده وبه صرح جماعة حد الاستفاضة كذا في الرياض - وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه - ويشهد به حسن (٢) ابن بكير بن اعين كالصحيح عن احدهما عليهما السلام من زنا بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربة بالسيف اخذت منه ما اخذت وان كانت تابعته ضربت بالسيف اخذت منها ما اخذت قيل فمن يضر بهما و ليس لهما خصم قال عليه السلام ذاك الى الامام عليه السلام اذا رفعا اليه - وفي خبر (٣) جميل قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل ياتي ذات محرم اين يضرب بالسيف قال رقبته ، وفي خبره (۴) الاخر تضرب عنقه اوقال تضرب رقبته - ومرسل (٥) ابن بكير عن رجل قلت لابي عبدالله عليه السلام الرجل ياتي ذات محرم قال عليه السلام يضرب بالسيف قال ابن بكير حدثني حريز عن بكير بذلك و خبر (٦) عامر بن السمط عن على بن الحسين عليهما السلام في الرجل يقع على اخته قال عليه السلام يضرب ضربة بالسيف بلغت منه ما بلغت فان عاش خلد في السجن حتى يموت

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٣-۴-٥-٦) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٢-٣-٥-١٠-

ونحوها غيرها المنجبر ضعف بعضها بالعمل .

واما دلالتها فقد استشكل فيها في الرياض نظرا الى انها تدل على الاكتفاء بالضربة الواحدة مطلقا او في الرقبة وهي لاتستلزم القتل كما في صريح بعضها اى المشتمل على التخليد في الحبس مع فرض عدم اتيانها عليه -ولكنه يندفع بانه لوتم ما افاده في النصوص كفى للحكم بالقتل النبوي (١) المنجبر بالاجماعات المحكية من اتى ذات محرم فاقتلوه مع انه في احد اخبار جميل يضرب بالسيف رقبته وفي آخر يضرب عنقه وكلاهما ظاهران في القتل -وبذلك يظهر دلالة الحسن عليه وان المراد من الضربة فيه ذلك - واما خبر التخليد في السجن فلضعف سنده وعدم عمل الاصحاب به لايصلح للمقاومة لما تقدم - وكذا خبر (٢) ابي بصير عن ابي عبدالله عليه السلام اذا زنا الرجل بذات محرم حد حد الزاني الا انه اعظم ذنبا و الاحوط ان يقتل بضربة بالسيف في عنقه .

ثم انه وقع الخلاف في انه هل تلحق المحرمات رضاعا بالمحرمات النسبية - فعن المبسوط والخلاف و الجامع الالحاق - وهو صريح الماتن هنا قال **(اورضاعا)** وعن المختلف وبني ادريس و زهرة وحمزة عدم الالحاق - وايضا وقع الخلاف في الحاق المحرمات السببية كام الزوجة وبنتها بهن وعدمه قال في الرياض الحق الشيخ والحلبي و القاضي والحلي وبنو زهرة وحمزة وجماعة من المتاخرين امرأة الاب وهو مختار الماتن قال **(او بامرئة الاب)**.

اقول قد يتوهم ان مقتضى اطلاق النصوص المتقدمة الالحاق في الموردين فان المحرم من يحرم نكاحها مؤبدا بنسب أو بسبب أو رضاع - ولكن المنساق الى الذهن من من اخذ في النصوص وهو ذات محرم من تكون محرمة بقول مطلق وفي نفسها - فلا تشمل من صارت محرمة بالمصاهرة او الرضاع وماشا كل - قال في المسالك والمتبادر

---

(١) المستدرك باب ١٧ من ابواب حد الزنا حديث ٧

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٨

من ذات المحرم النسبية - وكذا كلام غيره - ومع التنزل فغاية ماهناك الاجمال - وعليه فلا دليل على جواز قتل من زنى بغير المحرمات النسبية - ومادل (١) على تنزيل الرضاع منزلة النسب يختص بالنكاح ولا يشمل المقام كما مر فى محله - نعم فى خصوص الزنا بزوجة الاب دل النص (٢) على الرجم والاصحاب عملوا به فضعفه منجبر بالعمل فيعمل به.

بيان حد اليهودى او النصرانى اذا زنى بمسلمة

(او بالمسلمة) يعنى انه يقتل الزانى بالمسلمة **(اذا كان ذميا)** بل مطلق الكافر كارهة كانت اومطاوعة **(او بمن اكرهها عليه محصنا كان او غير محصن عبدا او حرا مسلما كان او كافرا)** بلا خلاف فى المقامين بل اجماعا فيهما على الظاهر المصرح به فى كثير من العبائر كالانتصار والغنية والرياض والجواهر وغيرها - ويشهد له فى الاول موثق (٣) حنان بن سدير عن ابى عبدالله عليه السلام عن يهودى فجر بمسلمة قال عليه السلام يقتل - بل الظاهر كما افتى به الشيخان والحلى والمصنف وغيرهم انه يقتل وان اسلم - لاطلاق الموثق ولخبر (٤) جعفر وهو طويل فى نصرانى فجر بمسلمة ثم اسلم بعد ما اريد اقامة الحد عليه فكتب عليه السلام يضرب حتى يموت ولما سئل عن وجهه كتب بسم الله الرحمن الرحيم فلما رأوا باسنا قالوا آمنا بالله وحده وكفرنا بما كنا به مشركين فلم يك ينفعهم ايمانهم لما رأوا باسنا سنة الله التى قد خلت فى عباده وخسر هنالك الكافرون فامر به المتوكل فضرب حتى مات.

وعن بعض الفقهاء ان الاسلام يجب ماقبله فيسقط الحد ايضا - واما الخبر فالمراد منه ما لو اسلم حين ارادة اقامة الحد وظاهر ذلك سيما مع تعليل الامام عليه السلام ان الاسلام

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب مايحرم بالرضاع كتاب النكاح

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد الزنا حديث ٩

(٣-٤) الوسائل باب ٣٦ - من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

كان لارادة التخلص ولا يشمل مالو كان اسلم حقيقة و قواه فی الجواهر - ويؤيده ان جواب الامام عليه السلام لااطلاق له - بل انما كتب فی تلك الواقعة الخاصة يضرب حتى يموت - وعلى ذلك فلايشمل الخبر الاسلام الحقيقی وحديث الجب (١) حديث مشهور معمول به بين الاصحاب ولا يعارضه اطلاق الموثق لحكومته عليه - وما فی الرياض من قياس اسلام الكافر بتوبة الفاسق - قياس مع الفارق لورود النص الخاص (٢) فی التوبة دون الاسلام .

ثم ان الخبرين فی الذمی ولكن ظاهر جمع من الاصحاب وصريح آخرين مساواة غيره من اقسام الكفار معه - ولعله للاولوية - اولان الكفر ملة واحدة .

واما الثانی وهو قتل من اكرهها عليه - فيشهد له صحيح (٣) العجلی عن ابی جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأة فرجها قال عليه السلام يقتل محصنا كان اوغير محصن وصحيح (٤) زرارة قلت لابی جعفر عليه السلام الرجل يغتصب المرئة نفسها قال عليه السلام يقتل ونحوهما غيرهما .

ثم انه وقع الخلاف بينهم فی انه فی هذه الموارد هل يجلد الزانی اولا ثم يقتل ان اتی بما يوجب الجلد كما عن جماعة منهم الحلی والشهيدان فی اللمعتين - ام يقتصر على القتل كما نسب الى المشهور - وجه الاول انه مقتضى الجمع بين الادلة الدالة على ان الزانی يحد ومادل على القتل فی هذه الموارد - وايد ذلك بخبر ابی بصير المتقدم بدعوى انه ساواه مع الزانی اولا ثم زاده عظما - ومعلوم انه لارجم على كل زان فلو رجمناه خاصة

---

(١) رواه ابو الفرج الاصبهانی - وابن هشام فی سيرته فی حكاية اسلام مغيرة - وابن سعد فی الطبقات الكبرى فی قصة اسلام مغيرة وغدره برفقائه - وعلی ابراهيم فی تفسيره فی ذيل الاية الكريمة وقالوا لن نؤمن لك الخ - وروى فی السيرة الحلبية ج٣ ص١٠٥ و١٠٦ والخصائص الكبرى ج ١ ص ٢٤٩ - وفی مجمع البحرين - باب جبب

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود

(٣-٤) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

لم نكن قد سويناه ببعض الزناة فيتعين اولا الجلد قضاء للتسوية ثم القتل بالسيف لزيادته عظما - وبانه ربما يكون الزانى الشيخ المحصن الذى يجمع فيه بين الجلد والرجم اجماعا فلو اقتصرنا على القتل لزم كونه احسن حالا منه اذا زنى باجنبية مطاوعة - ولكن يرد على الاستدلال ان الظاهر من النصوص الواردة فيها كونها فى مقام بيان تمام ما يجب فتدل على عدم لزوم الجلد - واما خبر ابى بصير فقدمر ضعفه و تعين طرحه - وماذكرا خيرا وجه استحسانى لايصلح للتاييد ايضا - فالاظهر هو الاقتصار على القتل - نعم فى الزنا بزوجة الاب دل النصوص على الرجم وقدمرت وفى الزنا بالمسلمة اذا كان الزانى ذميا يضرب حتى يموت ولاباس بالالتزام بهما فى موردهما خاصة .

بيان حد الزانى المحصن والزانية المحصنة

و(**اما الزانى بغير المحرمات نسبا او رضاعا**) على فرض الحاق المحرمات الرضاعية بالمحرمات النسبية والافحكمهن حكم غير المحرمات بالنسب -(**فان كان محصنا وهو الذى له فرج مملوك بالعقد الدائم او الملك يغدو اليه و يروح و يكون عاقلا جلد مائة جلدة ثم رجم ان زنى ببالغة عاقلة و ان كان بصغيرة او مجنونة جلد خاصة وكذا المرئة المحصنة ترجم بعد الحد و احصانها كاحصان الرجل**)فهيهنا احكام .

١ - لاخلاف ولا اشكال فى ان المحصن او المحصنة اذا زنى اوزنت ببالغة عاقلة - اوبالغ عاقل ثبت عليه الرجم بل عليه الاجماع و النصوص الاتية شاهدة به - وايضا لاخلاف ولا كلام فى انه ان كان شيخا او شيخة جلد ثم رجم - انما الكلام فى انه ان كان شابا اوشابة فهل يقتصر على الرجم كما عن الشيخ فى كتابى الحديث وبنى زهرة وحمزة وسعيد - ام يجمع بين الحدين كما عن الشيخين و المرتضى والحلى وعامة المتاخرين بل عن الانتصار انه من متفردات الامامية وقريب منه ما عن الخلاف .

ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها طائفتان .

الاولى مادل على القول الاول - كخبر(١) عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام اذا زنى الشيخ والعجوز جلدا ثم رجما عقوبة لهما واذا زنى النصف من الرجال رجم ولم يجلد اذا كان قد احصن واذا زنى الشاب الحدث السن جلد ونفى سنة من مصره ونحوه خبر(٢) عبدالله بن سنان الا انه قال الشيخ والشيخة - وخبر(٣) ابى بصير عنه عليه السلام الرجم حدالله الاكبر والجلد حد الله الاصغر - فاذا زنى الرجل المحصن رجم ولم يجلد - وخبر(٣) ابى العباس عنه عليه السلام رجم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ولم يجلد وذكروا ان عليا عليه السلام رجم بالكوفة وجلد فانكر ذلك ابو عبدالله وقال مانعرف هذا اى لم يحد رجلا حدين جلد ورجم فى ذنب واحد .

الثانية مايدل على الجمع بين الحدين - كصحيح (٥) محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام فى المحصن والمحصنة جلد مائة ثم الرجم - وخبر(٦) زرارة عنه عليه السلام المحصن يجلد مائة و يرجم والذى لم يحصن يجلد مائة جلدة الحديث - وصحيح (٧) الفضيل عن الصادق عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق من حدود الله مرة واحدة الى ان قال الا الزانى المحصن فانه لا يرجمه حتى يشهد عليه اربعة شهداء فاذا شهد واضربه الحد مائة جلدة ثم ترجمه الحديث .

وفى المقام روايات اخر مشعرة ان لم تكن دالة بعدم وجوب الجلد - منها خبر(٨) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام فى امرئة ذات بعل زنت فحملت وقتلت ولدها تجلد مائة جلدة لقتلها ولدها وترجم لانها محصنة - فانها ظاهرة فى ان على المحصنة الرجم خاصة - ومنها - صحيح (٩) البصرى عن ابى عبدالله عليه السلام كان على عليه السلام يضرب الشيخ والشيخة مائة ويرجم المحصن والمحصنة ويجلد البكر والبكرة وينفيهما سنة

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث ١١-١-٥-٨-٧

(٧) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٨) الوسائل باب ٣٧ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٩) الوسائل باب ١ من ابواب حد الزنا حديث ١٢

فان التفصيل قاطع للشركة.

وحيث ان الجمع بين المتعارضين لايمكن فيتعين الرجوع الى المرجحات وهى تقتضى تقديم الطائفة الثانية لموافقتها لفتوى اكثر الاصحاب بل جلهم وهى اول المرجحات - فالاظهر هو الجمع بين الحدين.

٢ - اذا زنى المحصن البالغ بالصغيرة غير البالغة تسع سنين او بالمجنونة فعليه الحد خاصة لاالرجم كماذهب اليه الشيخ فى النهاية وابن سعيد كماحكى وعن الروضة دعوى الشهرة على عدم الرجم فى الثانى - واستدل له بنقص اللذة فى الصغيرة - وفحوى نفى الرجم عن المحصنة اذا زنى بها صبى كماسياتى - والاصل - ونقص حرمتهما بالنسبة الى الكاملة ولذا لم يحد قاذفهما - ولكن الجميع كماترى لاتصلح مقيدة لاطلاق مادل على رجم المحصن - ومادل على ان البالغ اذا زنى بالصبية أو المجنونة عليه الحد الظاهر فى الحد الكامل - ففى موثق(١) ابن بكير عن ابى مريم عن الصادق عليه السلام فى غلام لم يبلغ الحلم وقع على امرأة وفجر بامرئة اى شيء يصنع بهما قال عليه السلام يضرب الغلام دون الحد ويقام على المرئة الحد قلت جارية لم تبلغ وجدت مع رجل يفجر بها قال عليه السلام تضرب الجارية دون الحد ويقام على الرجل الحد ونحوه غيره - فان نقص اللذة ممنوع - وصلاحيته للتقييد ايضا ممنوعة - والاولوية ليست قطعية - والاصل لايجرى مع اطلاق الدليل - فالاظهر ما عن جماعة من ان عليه الرجم ايضا كالزانى بالبالغة العاقلة.

بيان موضوع الاحصان

٣ - لايثبت الاحصان الامع كونه عاقلا بالغا وله فرج مملوك بالعقد الدائم يغدو عليه ويروح اى يكون متمكنا من الوطء متى اراد بلاخلاف الافى اعتبار العقل - وقدمر الكلام فى البلوغ والعقل - ويشهد لاعتبار ان يكون له فرج مملوك بالعقد الدائم

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب حد الزنا حديث ٢

يغدوعليه ويروح ولا يكفي المتعة -جملة من النصوص- كصحيح (١) ابن سنان عن اسماعيل ابن جابر عن ابي جعفر عليه‌السلام قال قلت ما المحصن يرحمك الله قال عليه‌السلام من كان له فرج يغدو ويروح فهو محصن- وموثق (٢) اسحاق عن ابي ابراهيم عليه‌السلام في حديث قلت فان كانت عنده امرأة متعة اتحصنه فقال لا انما هو على الشيء الدائم عنده- وصحيح (٣) هشام و حفص البختري عن من ذكره عن الصادق عليه‌السلام في رجل يتزوج المتعة تحصنه قال عليه‌السلام لا انما ذاك على الشيء الدائم عنده - و نحوها غيرها - ولا يهمنا البحث في ان الاحصان يثبت بالامة املا .

وهل يعتبر الدخول في الفرج المملوك له قبل الزنا لتحقق الاحصان كما عن النهاية والمبسوط و السرائر والجامع والاصباح والغنية مدعيا عليه الاجماع وجمع من المتأخرين - ام لا يعتبر كما هو مقتضى اطلاق كلمات كثير من القدماء وان حملها سيد الرياض على الغالب - وجهان اظهرهما الاول - لصحيح (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه‌السلام عن الرجل يزني ولم يدخل باهله ايحصن قال عليه السلام لا ولا بالامة ونحوه غيره .

وهل يعتبر الدخول في القبل ام يكفي الدخول في الدبر ذهب سيد الرياض الى الاول قائلا انه صرح به جماعة من غير خلاف بينهم اجده الا من اطلاق نحو عبارة المتن واستدل له بصحيح محمد بعد حمله على الغالب - ويرد عليه ما تكرر منا من ان الغلبة لا تصلح لتقييد الاطلاق و مقتضى اطلاق الدخول الشمول للوطء دبرا كساير الاحكام المعلقة على الدخول .

ثم انه لا خلاف في اعتبار التمكن من الوطء على وجه يغد وعليه ويروح اذا

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب حد الزنا حديث١

(٢-٣) الوسائل باب ٢ من ابواب حد الزنا حديث ٢-٣

(٤) الوسائل باب ٧ من ابواب حد الزنا حديث٩

شاء في تحقق الاحصان كمامر ـ فمن له زوجة غائبة في بلد آخر اذا زنى لايكون محصنا كما صرح به في جملة من النصوص ففي ـ صحيح (١) محمد بن مسلم عن ابي عبدالله عليه السلام المغيب والمغيبة ليس عليهما رجم الا ان يكون الرجل مع المرئة والمرئة مع الرجل ـ وحسن (٢) الحذاء عن ابي جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في الرجل الذي له امرأة بالبصرة ففجر بالكوفة ان يدرأ عنه الرجم يضرب حد الزاني وقضى في رجل محبوس في السجن وله امرأة حرة في بيته في المصر وهو لايصل اليها فزنى في السجن فقال (ع) عليه الحد ويدرأ عنه الرجم ونحوهما غيرهما ـ وبهما يظهر ان الميزان كونها معه بحيث يصل اليها فلايكفي مجرد كونهما في بلد واحد.

وهل فرق بين الحيض والغيبة كما هو المنسوب الى الاصحاب املا ـ الظاهر ذلك لانه يتمتع من الحائض بمادون موضع الحيض بخلاف الغيبة سيما على المختار من جواز الوطء دبرا على كراهية ـ ثم ان الميزان في الغيبة هو العرف ـ وفي خبري (٣) عمر بن يزيد. ومحمد بن الحسين تحديد ذلك بمسافة القصر ـ لكن في الشرايع والجواهر وغيرهما انهما مهجور ان لايصلحان لان يستند اليهما في الحكم

٤ ـ احصان المرئة كاحصان الرجل بلاخلاف وعن الغنية دعوى الاجماع عليه ـ والمراد من تمكنها من الزوج ارادته الفعل على الوجه المزبور لاارادتها متى شائت ضرورة عدم كون ذلك حقالها ـ روى الحذاء (٤) في الصحيح عن ابي عبدالله عليه السلام عن امرأة تزوجت برجل ولها زوج فقال عليه السلام ان كان زوجها الاول مقيما معها في المصر التي هي فيه تصل اليه و يصل اليها فان عليها ما على الزاني المحصن الرجم وان كان زوجها الاول غائبا اومقيما معها في المصر لايصل اليها ولاتصل اليه فان عليها ماعلى الزانية غير المحصنة الحديث.

(١ ـ ٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد الزنا حديث ١-٢

(٣) الوسائل باب ٤ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد الزنا حديث ١

٥ - لوطلق الرجل المرئة بالطلاق البائن يخرج كل منهما به عن الاحصان (و)عليه فـ (**لوراجع المخالع لم يرجم حتى يطأ**) لانها حينئذ بحكم الزوجة الجديدة وقد مر اعتبار الوطء في صدق الاحصان (**وكذا العبد اذا اعتق والمكاتب اذا تحرر**).

٦ - (**ولو زنت المحصنة بصغير حدت**) ولارجم عليها - كما عليه جماعة واستدل له بصحيح (١) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة قال عليه السلام يجلد الغلام دون الحد و تجلد المرئة الحد كاملا قيل فان كانت محصنة قال عليه السلام لاترجم لان الذي نكحها ليس بمدرك ولو كان مدركا رجمت (**ولو كان بمجنون رجمت**) لاطلاق الادلة - والقياس على الصبي مع الفارق

بيان حد الزاني غير المحصن

(**وان كان**) الزاني (**غير محصن جلد مائة سوط**) اجماعا كتابا وسنة مستفيضة (**وحلق رأسه**) كما عن الشيخين وسلار و ابني حمزة وسعيد والمصنف ره بل لم يحك فيه خلاف وان حكي عن الصدوق والعماني والاسكافي والشيخ في الخلاف والمبسوط وابن زهرة عدم التعرض له - ويشهد به خبر(٢) علي بن جعفر عن اخيه عليه السلام عن رجل تزوج امرئة ولم يدخل بها فزنى ما عليه قال عليه السلام يجلد الحد ويحلق رأسه ويفرق بينه وبين اهله - وخبر(٣) حنان بن سدير عن الصادق عليه السلام عن البكر يفجر وقد تزوج ففجر قبل ان يدخل باهله فقال (ع) يضرب مائة ويجز شعره وينفى عن المصر حولا ويفرق بينه وبين اهله - المنجبر ضعفهما بعمل الاصحاب - وجز الشعر في الثاني محمول على ما في الاول من الحلق - وظاهرهما حلق تمام الرأس - فما عن المقنعة والمراسم والوسيلة من تخصيصه بالناصية لاادري له وجها .

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب حد الزنا حديث١

(٢-٣) الوسائل باب ٧ من ابواب حد الزنا حديث ٨-٧

ثم ان الخبرين يختصان بالزاني المملك وهومن له فرج مملوك ولم يدخل بها فاسراء الحكم الى غير المملك انما هومن جهة عدم القول بالفصل فتدبر -

ثم انه لاخلاف (و) لااشكال في انه مضافا الى الجلد والحلق **(غرب عن البلدسنة)** في الجملة وفي المسالك هذه الثلاثة تجب على البكر اتفاقاً و النصوص تدل عليه - ففي صحيح (١) البصري عن الصادق (ع) كان علي عليه السلام يجلد البكر والبكرة وينفيهما سنة -وفي صحيح (٢) الحلبي عنه (ع) والبكر والبكرة جلد مائة ونفي سنة ونحوهما غيرهما .

انما الخلاف في تفسير البكر -فقيل من املك اى تزوج امرئة دواما ولم يدخل ذهب الى ذلك الشيخ في النهاية واتباعه وجماعة واختاره العلامة في المختلف والتحرير كذا في المسالك -وعن الشيخ في كتاب الفروع والحلي والمحقق والمصنف في جملة من كتبه واكثر المتاخرين ان المراد بالبكر غير المحصن وقد ينسب ذلك الى الشهرة بل عن ظاهر السرائر وصريح الخلاف الاجماع عليه .

وجه الاول جملة من النصوص - كصحيح (٣) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام في حديث وقضى (اى علي عليه السلام) في البكر والبكرة اذا زنيا جلد مائة ونفي سنة في غير مصرهما وهما اللذان قد املكا ولم يدخل بها - وضعفه في المسالك لاشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره -ويرده - ان المراد به في الخبر بقرينة رواية عاصم بن حميد عنه هو الثقة - واما النصوص الاخر المتضمنة لثبوت التغريب على المملك فلعدم المفهوم لها لاتصلح لان يستند اليها في ذلك -ووجه الثاني اطلاق - خبر (٤) عبدالله بن طلحة عن الصادق عليه السلام في حديث اذا زني الشاب الحدث السن جلد ونفي سنة من مصره فانه عام خرج عنه المحصن بالاجماع و النص و بقي غيره - وخبر (٥) سماعة عنه عليه السلام اذا زني

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب حدالزنا حديث ١٢-٩-٢-١١

(٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢

الرجل ينبغى للامام ان ينفيه من الارض التى جلد فيهـا الى غيرها وانما على الامام ان يخرجه من المصر الذى جلدفيه و نحوهما - خبر(١) ابى بصير - وخبر (٢) مثنى الحناط .

ولكن النصوص الاخيرة على فرض الاغماض عن الايرادات الواردة عليها من ضعف السند و اختلاف النسخ تكون اعم مطلق من صحيح ابن قيس فيقيد اطلاقها به - اللهم الا ان يقال انه لم يعلم كون التفسير فيه من الامام عليه السلام - اضف اليه اشتماله على نفى المرئة ايضا ولم يقل به احد - وعليه فلا مقيد لاطلاق النصوص الاخيرة ولا اقل من التردد فتحصل الشبهة الدارئة وعلى ذلك فالاظهر اختصاص التغريب بالمملك .

ثم ان المراد بالمصر الذى ينفى عنه - هل هو المصر الذى زنى فيه - او الذى جلد فيه - اوهو الذى وطنه وجوه - قد يقال ان اوجهها الاخير كما هو ظاهر صحيح ابن قيس بل وخبر عبدالله - بل لا يبعد دعوى صراحة الصحيح لقوله عليه السلام ونفى سنة فى غير مصرهما فان المصر اضيف اليهما - ولكن صريح اخبار سماعة وابى بصير ومثنى الحناط هو الثانى وبقرينة تلكم النصوص يحمل صحيح ابن قيس عليه فهو الاظهر .

ثم ان المشهور بين الاصحاب بل قيل (و) لا خلاف فيه انه (**ليس على المرئة والملوك جز ولا تغريب**) وعن غير واحد دعوى الاجماع عليهما - اما الجز فلاختصاص دليله بالرجل - واما التغريب فصحيح ابن قيس ظاهر فى ثبوته عليها لكن الشهرة العظيمة والاجماع المحكى وما فى كلماتهم من العلل من ان المرئة عورة يقصد بها الصيانة و منعها عن الاتيان بمثل ما فعلت و لا يؤمن عليها ذلك فى الغربة وغير ذلك تصلح مقيدة للاطلاق خصوصا فى مثل هذا الحكم الذى يكفى فى نفيه الشبهة الدارئة .

(١-٢) الوسائل باب ٢٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢-٤

لو تكرر الزنا من غير المحصن

ولو تكرر الزنا **(فان زنى بعد الحد ثانية تكرر الحد)** بلا خلاف لاطلاق الادلة **(وان لم يحد كفى حد واحد)** على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر و ادعى عليه الشهرة المطلقة جماعة ومنهم الفاضل في المختلف بل ظاهره بلوغها الاجماع كذا في الرياض .

و استدلوا له بوجوه بينة الضعف - فالحق ان يقال انه بناء على المختار من اصالة عدم تعدد المسببات بتعدد الاسباب فالامر واضح .

واما على القول الاخر وهو اصالة التعدد - فقد يستدل له كما في الجواهر بان التامل الجيد في تعليق الحكم في الاية الشريفة على الزاني والزانية يقتضي ذلك ضرورة كون التعدد في اشخاص الزنا حينئذ كالتعدد في اسباب الحدث والنجاسة غير موجب لتعدد السبب - وفيه - انه في ذينك الموردين انما يقال ان السبب للطهارة هو الحدث والنجاسة و كل منهما و احد لا تعدد فيه والاسباب المتكثرة لا توجب تعدد السبب و ليس الامر في المقام كك فان الاية الكريمة نظير النصوص كساير القضايا الشرعية انما تكون من قبيل القضايا الحقيقية متضمنة لترتب الحكم على كل فرد من افراد الموضوع اذا تحقق في الخارج فالزاني اذا زنى يصدق عليه هذا العنوان فيثبت له وجوب الجلد مائة ثم ان زنى ثانيا يصدق عليه فرد آخر من ذلك العنوان فالسبب متعدد - وان شئت قلت ان هذا البرهان لو تم لزم الالتزام باصالة عدم تعدد الاسباب في جميع الموارد بناءاً على ما هو الحق من رجوع القضايا الشرطية الى القضايا الحقيقية وان الشروط للموضوع تكون من قبيل عناوينه - فقولنا ان ظاهرت فكفر مرجعه الى ان المظاهر يكفر فيلزم من البرهان المزبور القول بعدم تعدد الكفارة في المثال ايضا - و بالجملة المفروض في المقام البناء على اصالة تعدد الاسباب والمسببات فلا يتم ما افاده

وربما يستدل له كما في الرياض بان لازم التعدد مطلقا و لو كان المزني بها

مكررا واحدة و لم يقل به احد من الطائفة و عليه فلا يمكن الاخذ بقاعدة التعدد فلابد من البناء على المنع من التعدد مطلقا اوالتفصيل بين كون المزني بهاواحدة او متعددة كما عن الاسكافي والصدوق والثاني غير ممكن لعدم الدليل عليه فيتعين الاول - وفيه انه لو سلم ان مقتضى القاعدة هو التعدد فنفس تلك القاعدة دليل على التفصيل بضميمة الاجماع فانه انما يوجب التقييد بالنسبة الى المقدار المتيقن فيبقى الزايد تحت القاعدة فالعمدة في وجه عدم التعدد ماذكرناه.

ثم ان ذلك كله فيما يقتضيه القاعدة - وفي المقام رواية خاصة دالة على التفصيل وهي رواية (١) ابي بصير عن الباقر عليه السلام عن الرجل يزني في اليوم الواحد مرارا كثيرة فقال عليه السلام ان كان زنى بامرئة واحدة كذا و كذا مرة فانما عليه حد واحد وان هو زنى بنسوة شتى في يوم واحد في ساعة واحدة فان عليه في كل امرئة فجر بها حدا-واورد عليها في المسالك بان في طريقها ضعفا - مع انها غير حاصرة لاقسام المسألة - والظاهر ان نظره الشريف في التضعيف الى وجود علي بن ابي حمزة في الطريق والمراد به البطائني وقد ضعفه جماعة بل هو المشهور بين الاصحاب و ان وثقه جمع من الاواخر - الا انه بضميمة اعراض الاصحاب عنها في المقام سيما وان الحكم حكم يدرأ بالشبهة يكفي في طرح الخبر ومعه لا يهم البحث في كونها حاصرة او غير حاصرة

ثم ان ما ذكرناه تبعا للمشهور من عدم التعدد انما هو مع عدم اختلاف حكم الزنا - والا فلو اقتضى حدودا مختلفة كان زنى بكر ثم زنى محصنا توجه عليه الحدان معا - لاطلاق الادلة ولا مورد لتداخل المسببات - ولا ينافيه اطلاق العبارات لانها منصرفة عن هذه الصورة فالاظهر ترتب كلا الحكمين.

ثم انه بعد ماعرفت من انه ان توسط الحد بين فردين من الزنا تكرر الحد

(فـ) اعلم - انه (ان زنى ثالثة بعد الحدين قتل) كما عن الصدوقين والحلي

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

وفى المتن **(وقيل)** و القائل المشهور يقتل **(فى الرابعة)** بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه واستدل للاول ـ بصحيح (١) يونس عن ابى الحسن الماضى عليه السلام اصحاب الكبائر كلها اذا اقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فى الثالثة ـ وخبر (٢) محمد بن سنان عن الرضا (ع) فيما كتب اليه وعلة القتل بعد اقامة الحد فى الثالثة على الزانى والزانية لاستحقاقهما وقلة مبالاتهما بالضرب الخ ـ ولكن الصحيح مطلق يقيد اطلاقه بموثق (٣) ابى بصير قال ابو عبدالله (ع) الزانى اذا زنا يجلد ثلاثا ويقتل فى الرابعة يعنى جلد ثلاث مرات ـ وخبر ابن سنان ان لم يكن ظاهرا فى القول الثانى من جهة رجوع الظرف الى اقامة الحد لا الى القتل لا اقل من اجماله فيبين بالموثق فالاظهر هو القتل فى الرابعة ولا فرق فى ذلك بين الزانية والزانى لاطلاق الادلة والى ذلك اشار المصنف ره بقوله **(وكذا المرئة)** .

اقامة الحد على الذمى والحامل

واما الثالث وهو البحث فى اللواحق ـ فالكلام فيه فى طى **(مسائل الاولى الحاكم اقامة الحد على اهل الذمة او رفعه الى اهل ملته)** ونحلته **(ليقيموه عليه)** على معتقدهم الذى يزعمونه حقا بلاخلاف اجده كما صرح به غير واحد ـ ويشهد به قوله (٤) تعالى «فان جائوك فاحكم بينهم اواعرض عنهم » ـ ولاينا فيه قوله (٥) عزوجل لنبيه صلى الله عليه وآله وسلم «وانزلنا اليك الكتاب مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما انزل الله » لان الجمع بين الايتين يقتضى البناء على ان ذلك احد فردى التخيير ـ مع انه يمكن الاستدلال له بانه مقتضى الجمع بين ادلة اجراء الحدود

(١-٢-٣) الوسائل باب ٢٠ من ابواب حد الزنا حديث ٣-٤-١

(٤-٥) المائدة آية ٤٣- و٤٩

الشاملة لاهل الذمة و بين خبر (١) الحارث عن ابيه فيما كتبه امير المؤمنين عليه السلام الى محمد بن ابى بكر فى مسلم فجر بامرأة نصرانية ـ ان اقم الحد فيهم على المسلم الذى فجر بالنصرانية وادفع النصرانية الى النصارى يقضون فيها ما شاؤاهو ذلك ـ وبه يظهر الجواب عن خبر (٢) قرب الاسناد المتضمن لاجراء حكم المسلم على الذمى الزانى.

ثم ان ظاهر الاية الكريمة وان كانت هو التخيير بين اجراء الحد والاعراض ـ ولكن بواسطة خبر الحارث الذى افتى الاصحاب على طبقه تحمل الاية على ارادة الاعراض بالدفع الى اهل ملته حتى يحكم فيه حاكمهم بمايرى.

(الثانية) فيمن لايقام عليه الحد ـ وفيها فروع ـ ١ ـ **(لايقام الحد)** رجما كان او جلدا **(على حامل)** و لومن زنا **(حتى تضع)** ولدها و تخرج من نفاسها **(ويستغنى الولد)** من الرضاع ان لم يوجد له مرضعة بلاخلاف ـ و يشهد به موثق (٣) الساباطى عن الصادق عليه السلام عن محصنة زنت و هى حبلى قال عليه السلام تقر حتى تضع ما فى بطنها وترضع ولدها ثم ترجم ـ ومارواه (٤) المفيد فى الارشاد عن امير المؤمنين (ع) انه قال لعمر وقد اتى بحامل قدزنت فامر برجمها فقال له على عليه السلام هب لك سبيل عليها اى سبيل لك على ما فى بطنها و الله يقول ولا تزر وازرة وزر اخرى فقال عمر لاعشت لمعضلة لايكون لها ابو الحسن ثم قال فما اصنع بها ياابا الحسن قال عليه السلام احتط عليها حتى تلد فاذا ولدت و وجدت لولدها من يكفله فاقم الحد عليها وهو مروى (٥) من فعل الوصى مع المرئة التى اقرت عنده بالزنا فلم يرجمه حتى ولدت وارضعته حولين فاقام عليها الحد و كذا عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم

و مقتضى اطلاق الموثق و ان كان تاخير الحد الى بعد الرضاع و ان وجد

---

(١) الوسائل باب ٥٠ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢٩ من ابواب [illegible] حديث ١

(٣ـ٤ـ٥) الوسائل باب ١٦ ـ من ابواب حد الزنا حديث ٤ـ٧ـ١

من يكفله الا ان الثاني يقيد بما اذا لم يوجد من يكفله والنصوص و ان اختصت بالرجم الا انه يثبت في الجلد ايضا بعدم القول بالفصل وبعموم التعليل في خبر الارشاد ولذلك قال في المسالك واطلاق المصنف المنع من اقامة الحد عليها بعد الوضع الى ان ترضع الولد يشمل الرجم والجلد و هو يتم في الاول دون الثاني الا بتقدير الخوف عليها من الجلد من الموت اوما يحصل معه الاذى على الولد - وفي التحرير صرح بعدم الفرق بين الجلد والرجم في انتظارها الى ان ترضع الولد اذا لم يحصل له من يكفله .

ثم انه في المرتضوي(١) في المرأة التي اقرت عنده بالزنا بعد ما امهلها بالوضع و الارضاع ثم لما ارضعته قال لها انطلقي فاكفليه حتى يعقل ان ياكل و يشرب ولا يتردى من سطح ولا يتهور في بئر - ولم ارمفتيا به والظاهر ان وجه الامهال فيه عدم اكمال نصاب الاقرار قبله - والا فالظاهر انه ان لم يكن من يكفله يجب استيجار من يكفله من بيت المال ان لم يتبرع احد ولم يكن للولد مال اذ ليس في الحدود نظر ساعة اذ لامانع .

-٢- **(ولا)** يقام الحد اى الجلد على **(المريض ولا المستحاضة)** حتى يبرأ كل منهما بلا خلاف - ويشهد به قوي (٢) السكوني عن الصادق عليه السلام لايقام الحد على المستحاضة حتى ينقطع الدم عنها - وخبره(٣) الاخر عنه عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام برجل اصاب حدا وبه قروح في جسده كثيرة فقال امير المؤمنين (ع) اقروه حتى يبرأ لاتنكؤها عليه فتقتلوه - وخبر (٤) مسمع بن عبدالملك عن ابي عبدالله (ع) ان امير المؤمنين (ع) اتى برجل اصاب حدا وبه قروح و مرض و اشباه ذلك فقال امير المؤمنين(ع) اخروه حتى يبرأ لاتنكأ قروحه فيموت ولكن اذا برأ حددناه

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٣ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-٤-٦

هذا في الجلد (**و**) امـا في الرجم فلاخلاف بينهم في انهمـا (**يرجمان**) لاطلاق الادلة ـ ولما (١) دل على النهي عن تعطيل الحدود وانه ليس فيه نظر ساعة والفرض ان نفسه مستوفاة ـ ونصوص التاخير مختصة بالجلد ـ اما ماورد في المريض فواضح ـ واما ما ورد في المستحاضة فبمناسبة الحكم والموضوع وفتوى الاصحاب والمنساق من لفظ الحد يحمل عليه .

ثم انه في الجلد طائفة اخرى من النصوص تدل على ان المريض يضرب بالضغث المشتمل على العدد كخبر (٢) سماعة عن ابي عبدالله عن ابائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه اتي برجل كبير البطن قد اصاب محرما فدعا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعرجون فيه مائة شمراخ فضربه مرة واحدة فكان الحد ـ وخبر (٣) يحيى بن عباد المكي قال لي سفيان الثوري اني ارى لك من ابي عبدالله (ع) منزلة فسله عن رجل زنى وهو مريض ان اقيم عليه الحد مات ماتقول فيه الى ان قال فقال ابو عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله اتي برجل احبن مستسقي البطن قد بدت عروق فخذيه وقد زنى بامرأة مريضة فامر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعذق فيه شمراخ فضرب به الرجل ضربة وضربت به المرئة ثم خلى سبيلهما ثم قرأ هذه الاية وخذ بيدك ضغثا الخ ونحوهما اخبار اخر .

والاصحاب جمعوا بينها وبين ما دل على الامهال بحمل هذه على ما (**لو اقتضت المصلحة تقديم حد المريض**) قالوا في هذه الصورة (**ضرب بضغث فيه مائة سوط دفعة**) ولعله من جهة ان اكثر النصوص الاخيرة قضايا في وقايع ـ فالمتيقن منها ما ذكروه ـ ومن المصلحة عدم رجاء البرء كالسل والزمانة وضعف الخلقة

ثم ان المريض الذي يمهل في الجلد انما هو من يخاف عليه الموت لو جلد كما في النصوص ولو لم يكن يخاف عليه ذلك فلا وجه لتاخير حده .

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الحدود

(٢ـ٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٧ـ١

لايقام الحد فى شدة الحر والبرد ولافى ارض العدو

٣ ـ(ولايقام) الحد اى الجلد (فى شدة الحر ولا البرد) خشية من الهلاك بتعاون الجلد والهواء ولكن يؤخر الى اعتدال الهواء وذلك فى وسط نهار الشتاء وطرفى نهار الصيف ونحو ذلك مما يراعى فيه السلامة ـ روى(١) هشام بن احمر عن العبد الصالح عليه السلام قال كان جالسا فى المسجد وانا معه فسمع صوت رجل يضرب صلاة الغداة فى يوم شديد البرد فقال ماهذا قالوا رجل يضرب فقال سبحان الله فى هذه الساعة انه لايضرب احد فى شىء من الحدود فى الشتاء الافى آخر ساعة من النهار ولافى الصيف الافى ابرد مايكون من النهار ـ وفى خبر (٢) ابى داود المسترق عن بعض اصحابنا عن ابى عبدالله عليه السلام اذا كان فى البرد ضرب فى حر النهار واذا كان فى الحر ضرب فى برد النهار ونحوهما غيرهما ـ وظاهر النصوص والفتوى ان الحكم على وجه الوجوب لا الاستحباب فلو اقامه لاكك ضمن لتفريطه كمافى المسالك .

٤ ـ (ولا) يقام الحد ايضا (فى ارض العدو) وهم الكفار مخافة ان تحمل المحدود الحمية فيلحق بهم ـ للخبر(٣) عن الباقر عليه السلام قال امير المؤمنين عليه السلام لايقام على احد حد بارض العدو ـ وفى خبر (٤) غياث عنه عليه السلام عن ابيه عن على عليه السلام لااقيم على رجل حداً بارض العدو حتى يخرج منها مخافة ان تحمله الحمية فيلحق بالعدو والعلة مخصوصة بحد لايوجب القتل ـ كما ان فتوى الاصحاب مختصة به .

٥ـ (ولا) يقام الحد (على الملتجىء الى الحرم) مراعاة لحرمة الحرم ـ (و) لكن (يضيق عليه فى المطعم والمشرب حتى يخرج فيقام عليه الحدود) لقوله تعالى (٥) «ومن دخله كان امنا» ولصحيح (٦) هشام بن الحكم عن ابى عبدالله (ع)

(١ـ٢) الوسائل باب ٧ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١ـ٢

(٣ـ٤) الوسائل باب ١٠ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٢

(٥) سورة آل عمران آية ٩٨

(٦) الوسائل باب ٣٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

في الرجل يجني في غير الحرم ثم يلجأ الى الحرم قال عليه السلام لا يقام عليه الحد ولا يطعم ولا يسقى ولا يكلم ولا يبايع فانه اذا فعل ذلك يوشك ان يخرج فيقام عليه الحد وان جنى في الحرم جناية اقيم عليه الحد في الحرم فانه لم ير للحرم حرمة ـ وتقدم الكلام في ذلك وفروعه في كتاب الحج .

ثم انه من ذيل الصحيح يظهر تمامية ما افاده بقوله **(ولو زنى في الحرم حد فيه)** والمراد بالحرم مكة المشرفة ـ والحق بها في محكي النهاية والتهذيب حرم النبي صلى الله عليه وآله وسلم و الائمة عليهم السلام و هي مشاهدهم المشرفة ـ ولم نقف له على مأخذ صالح كما في المسالك .

لو اجتمع الجلد والرجم

(الثالثة لو اجتمع الجلد والرجم) على احد **(بدأ بالجلد)** ثم رجم ـ وكذا لو اجتمع على احد حدود بدأ بما لا يفوت معه الاخر بلا خلاف ـ لانه مقتضى العمل بالدليلين وامتثال الحكمين ـ ولصحيح (١) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام ايما رجل اجتمعت عليه حدود فيها القتل يبدأ بالحدود التي هي دون القتل ثم يقتل بعد ذلك ـ ومثله حسنا (٢) حماد بن عثمان عن ابي عبدالله ـ وابني سنان وبكير جميعا عنه عليه السلام ـ وخبر (٣) محمد ابن مسلم عنه عليه السلام في الرجل يؤخذ وعليه حدود احدها القتل فقال كان علي (ع) يقيم عليه الحدود ثم يقتله ولا تخالف عليا ـ وخبر (٤) سماعة عنه (ع) قضى امير المؤمنين عليه السلام فيمن قتل وشرب خمراً وسرق فاقام عليه الحد فجلده لشربه الخمر وقطع يده في سرقته وقتله بقتله ونحوها غيرها .

و هل يجب تاخير الرجم عن الجلد حتى يبرأ منه كما عن الشيخين والحلبي والقاضي وبني زهرة وحمزة وسعيد تاكيد للزجر ـ ام يستحب ذلك كما عن الحلي ومال اليه جماعة من المتاخرين لان القصد الاتلاف فلا فائدة في التاخير وانما يصلح الوجه

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٥-٦-٣-٧

المذكور سند اللاستحباب دون اللزوم ـ ام لايجوز التاخير لمادل (١) على عدم تاخير الحدود ساعة ـ ام يجب التاخير بيوم كماعن الاسكافي لمادل (٢) على ان الامير عليه السلام جلد شراحة يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة وجوه ـ اقواها بحسب الدليل الثالث ـ ولكن في الرياض دعوى اتفاق الاصحاب على جواز التاخير والله العالم

(و) لا **(يدفن المرجوم)** الا **(الى حقويه)** والحقو معقد الازار على الاشهر بل عليه عامة من تاخر كمافي الرياض ـ ويشهد به موثق(٣) سماعة عن ابي عبدالله (ع) تدفن المرئة الى وسطها ثم يرمي الامام ويرمي الناس باحجار صغار ولايدفن الرجل اذا رجم الاالى حقويه ونحوه غيره .

(و) اما **(المرئة)** فتدفن **(الى صدرها)** على المشهور كمافي الجواهر ـ ولكن الظاهر كفاية الدفن الى وسطها وجواز الدفن الى الاعلى من الصدر حتى الترقوة ـ لان ذلك هومقتضى الجمع بين مادل (٤) على ان المرئة تدفن الى وسطها ـ و ما دل على انها تدفن الى دون موضع الثديين كخبر (٥) ابي مريم عن الباقر (ع) في امرأة اتت الوصي (ع) الى ان قال فحفر لها حفيرة في الرحبة وخاط عليها ثوبا جديدا و ادخلها الحفيرة الى الحقوة دون موضع الثديين الحديث ـ ومادل على الحفر الى الصدر كالمرسل(٦) المتضمن لحفر النبي صلى الله عليه وآله وسلم للعامرية الى الصدر ـ ومادل (٧) على الحفر الى العنق .

وقد يقال ان المراد من الجميع هو الحفر الى الصدر ـ اما المرسل فواضح واما

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب مقدمات الحدود

(٢) الخلاف ج٣ ص١٧٥ المستدرك للحاكم ج٤ ص٣٦٥

(٣-٤) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٣ـ١

(٥) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٦) المبسوط كتاب الحدود

(٧) المستدرك باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ٥

خبر ابى مريم فلان دون الثديين اول الصدر واما الموثقات المتضمنة للحفر الى الوسط فمن جهة التفصيل بينها وبين الرجل فى بعضها اذ لو لم يرد من الوسط الصدر لم يكن فرق بينها و بين الرجل ضرورة قرب الحقوة من السرة على وجه لا يظهر فى الدفن .

ولا بأس به ثم ان ظاهر النصوص والفتاوى كون ذلك على وجه اللزوم ـ وفى المسالك حملها على الاستحباب لان طريق الروايات غير نقية ولكنها كافية فى اقامة السنة ـ وفيه اولا ان جملة منها موثقات ـ وثانيا انه لو سلم الضعف فهو باستناد الاصحاب منجبر ـ ثم ان فى المقام اقوالا اخر غير ظاهر الماخذ لا حاجة الى ذكرها .

(فان فر احدهما) من الحفيرة **(وقد ثبت)** الحد **(بالبينة اعيد وان كان)** ثابتا **(بالاقرار لم يعد)** على المشهور وعن كشف اللثام دعوى الاجماع على الاول ـ واما الثانى فهو المنسوب الى الاصحاب و لكن عن النهاية و الوسيلة وفى المتن لم يعد **(مع اصابة الحجر)** والا اعيد ايضا .

والمستند روايات كخبر(١) الحسين بن خالد عن ابى الحسن عليه السلام قال قلت اخبرنى عن المحصن اذا هرب من الحفيرة هل يرد حتى يقام عليه الحد فقال عليه السلام يرد ولا يرد فقلت و كيف ذاك فقال عليه السلام ان كان هو المقر على نفسه ثم هرب من الحفيرة بعدما يصيبه شيء من الحجارة لم يعد وان كان انما قامت عليه البينة وهو يجحد ثم هرب رد وهو صاغر ـ وخبر(٢) ابى بصير قلت له اى لابى عبدالله عليه السلام المرجوم يفر من الحفيرة فيطلب قال عليه السلام لا ولا يعرض له ان كان اصابه حجر واحد لم يطلب فان هرب قبل ان يصيبه الحجارة رد حتى يصيبه الم العذاب ـ ونحوه خبره(٣) الاخر ـ ومرسل(٤) الصدوق سئل الصادق عليه السلام عن المرجوم يفر قال (ع) ان كان اقر على نفسه فلا يرد وان كان شهد عليه الشهود يرد ونحوها ـ غيرها و هذه النصوص كما تراها مختلفة من حيث

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد الزنا حديث ١ -٢-٥-٤

المضمون مقتضى اطلاق المرسل رد من اقميت البينة عليه وعدمه ان كان اقر على نفسه اصابه حجر ام لا ـ ومقتضى خبرى ابى بصير ان من اصابه حجر لا يرد قامت البينة عليه اواقر على نفسه و من لم يصبه حجارة يرد من غير فرق بين الثبوت بالبينة او الاقرار فالنسبة بين الطائفتين عموم من وجه ـ ولكن خبر ابن خالد اخص منهما وهو يدل على ان المقر لا يرد ان اصابه حجارة ومن اقميت عليه البينة يرد وظاهره الرد لو كان ذلك بعد اصابة الحجارة بقرينة التفصيل فصدره يقيد اطلاق المرسل وذيله يقيد اطلاق خبرى ابى بصير و يرتفع التعارض بذلك ـ فما افاده الماتن مقتضى الجمع بين الاخبار .

بقى فى المقام امور ـ ١ ـ ان ما ذكرناه انما هو فى الرجم واما فى الجلد فلا ينفع الفرار ولو كان ثبوت زناه بالاقرار وفر بعد حصول شىء منه بلا خلاف للاصل ـ بعد اختصاص النصوص بالرجم ـ و لخبر (١) عيسى بن عبدالله ـ قلت لابى عبدالله عليه السلام الزانى يجلد فيهرب بعد ان اصابه بعض الحد أيجب عليه ان يخلا عنه كما يجب للمحصن اذا رجم قال عليه السلام لا ولكن يرد حتى يضرب الحد كاملا الحديث .

٢ ـ **(و يبدأ الشهود بالرجم)** اذا كان الحد ثابتا بالبينة وجوبا كما هو ظاهر الاكثر (٢) لمرفوع عبدالله بن المغيرة وصفوان وغير واحد الى ابى عبدالله (ع) الذى هو كالصحيح والعمل على طبقه اذا قامت البينة كان اول من يرجمه البينة ثم الامام ثم الناس ونحوه غيره .

(وفى الاقرار) يبدأ **(الامام)** كما صرح به غير واحد وفى صدر المرفوع المتقدم اذا اقر الزانى المحصن كان اول من يرجمه الامام ثم الناس ولكن يعارضه ما تضمن (٣) قصة ماعز الذى لم يحضره النبى صلى الله عليه وآله فضلا عن بدئته ـ و الجمع يقتضى الحمل على

---

(١) الوسائل باب ٣٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

الاستحباب- اللهم الا ان يقال انها قضية في واقعة ولعل عدم حضوره (ص) كان لمانع -واما ذيله الدال على بدئة الشهود فلا صارف عن ظهوره في الوجوب فيبنى عليه - ومادل (١) من النصوص على بدئة الامام مطلقا لا يصلح قرينة لذلك فانه مطلق - والجمع بينه وبين المرفوع يقتضي التقييد به - كما ان كون الصدر متضمنا لبيان حكم استحبابي لا يصلح قرينة لحمل الذيل عليه بناء على ماهو الحق من خروج الوجوب والاستحباب عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه فليس موردا لوحدة السياق - مع انه قد عرفت انه ايضاً وجوبي فالاظهر كون الحكم على وجه الوجوب في الموردين .

-٣- ينبغي للحاكم اذا اراد استيفاء الحد ان يعلم الناس ليتوفروا على حضوره تاسيا بالامير عليه السلام حيث كان يعلم الناس عند ارادة اقامة الحد- اضف اليه ان في مثل ذلك زجرا له ولغيره عن مثل فعله .

- ٤ - قال الشيخ وجماعة انه يستحب ان يحضر اقامة الحد طائفة - وعن الحلي والمحقق في النافع وجماعة انه يجب ذلك- والمستند الاية الكريمة (٢) «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين» وظاهرها الوجوب واختلفوا في تفسير الطائفة - فعن النهاية والجامع والقواعد والنافع وغيرها ان اقل الطائفة واحد- وعن عكرمة ان اقلها اثنان- وعن الحلي اقلها ثلاثة وقيل اقلها اربعة- وعن الحسن والخلاف اقلها عشرة وعن المختلف وغيره احالة ذلك الى العرف- والاول حسن لخبر (٣) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عن امير المؤمنين عليهم السلام في الاية الكريمة الطائفة واحد الحديث - ويؤيده ان الطائفة بمعنى القطعة فتصدق على الواحد - وايضا يؤيده قوله تعالى (٤) «وان طائفتان من المؤمنين اقتتلا بدليل قوله فاصلحوا بين اخويكم .

- ٥ - لا اشكال في انه لا يقتل المرجوم بالسيف و لا بالرمي بصخرة واحدة

---

(٤) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٢) سورة النور آية ٣

(٣) الوسائل باب ١١ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٤) الحجرات آية ١٠

لعدم صدق الرجم - وينبغي ان يكون الحجارة التي يرجم بها صغاراً كما في النصوص ففي الموثق (١) المتقدم ثم يرمي الناس بعد باحجار صغار ونحوه غيره لئلا يسرع التلف وعن كشف اللثام ولا يرجم بحصى صغار حدا يعذب بطول الضرب مع بقاء الحياة.

٦ - قالوا لا يرجمه من لله قبله حد - ولكن المشهور بينهم كونه على وجه الكراهة - والمدرك الروايات (٢) الخاصة وفيها الصحيح وغيره - وظاهرها عدم الجواز الا ان الظاهر قيام الاجماع على عدم الحرمة فبه يرفع اليد عن ظاهر الاخبار وتحمل عليها - ولا اختصاص للحكم بمن عليه حد مماثل للذى اقيم على المحدود فان بعض النصوص وان اختص به الا ان بعضها الاخر مطلق وحيث انهما مثبتان فلا يحمل احدهما على الاخر.

ثم انه عرفت ان التوبة توجب سقوط الحد - وعليه فلو تاب ورجمه لا مانع عنه ومافي الصحيح (٣) انه لما نادى امير المؤمنين عليه السلام لا يقيم الحد من لله عليه حد فمن كان لله عليه مثل ماله عليها فلا يقيم عليها الحد قال فانصرف الناس يومئذ كلهم ما خلا امير المؤمنين والحسن والحسين عليهم السلام فاقام هؤلاء الثلاثة عليها الحد يومئذ وما معهم غيرهم - لا ينافي ذلك فانه وان كان من المستبعد جدا عدم توبتهم جميعا في ذلك الوقت الا انه من الجائز عدم علمهم بالحكم.

ثم ان الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين ما لو ثبت الحد بالبينة او الاقرار - وكون مورد النصوص خصوص صورة الاقرار لا يخصص الوارد - ووجوب بدئة الشهود لا يصلح قرينة للاختصاص بمورد الاقرار فانه يجب عليهم التوبة فيما بينهم وبين الله تعالى.

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد الزنا حديث ١
(٢-٣) الوسائل باب ٣١ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٠١ - ١

كيفية الجلد

(الرابعة يجرد) الرجل الزاني **(للجلد)** كما هو المشهور على ما عن غاية المرام لموثق (١) اسحاق بن عمار عن ابى ابراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد قال عليه السلام اشد الجلد فقلت من فوق الثياب فقال بل يجرد - وفي موثقه (٢) الاخر بل تخلع ثيابه - وعن الشيخ وجماعة بل عن جماعة دعوى الشهرة عليه وعن ظاهر الغنية ان عليه الاجماع انه يضرب على الحالة التى وجد عليها ان وجد عريانا ضرب عريانا وان وجد وعليه ثيابه ضرب و عليه ثيابه - و مدركه خبر (٣) طلحة بن زيد المنجبر ضعفه بالعمل - والجمع بينه وبين الموثقين يقتضى البناء على ان المراد بهما مالو كان حين الزنا مجردا - وان ابيت عن ذلك فالمتعين العمل بخبر طلحة لفتوى الاكثر التى هى اول المرجحات.

وكيف كان فيجلد قائما - لموثق (٤) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام يضرب الرجل الحد قائما والمرئة قاعدة ويضرب على كل عضو ويترك الرأس والمذاكير.

(ويضرب اشد الضرب) كما هو الاشهر لموثق اسحاق المتقدم - ونحوه خبر محمد (٥) بن سنان عن الرضا عليه السلام فيما كتب اليه وعلة ضرب الزانى على جسده باشد الضرب لمباشرته الزنا واستلذاذ الجسد كله به الحديث - ومرسل (٦) حريز عن من اخبره عن ابى جعفر عليه السلام يفرق الحد على الجسد كله ويتقى الفرج والوجه ويضرب بين الضربين الذى قيل عمل به بعض ولم نتحققه - لايصلح ان يقاوم ما تقدم مضافا الى قصوره فى نفسه.

(ويتقى وجهه) ورأسه **(وفرجه)** كما فى النصوص المتقدمة - ويفرق الضرب على بقية جسده كله لانه كما فى الخبر (٧) استلذ بجميع اعضائه - هذا كله فى الرجل

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ١١ من ابواب حد الزنا حديث ٣-٢-٧-١-٨ -٦-٨

(و تضرب المرأة جالسة) بلاخلاف و موثق زرارة شاهد به .

(وقد ربطت عليه ثيابها) كما هو الاشهر - لانها لاتهتك فتبدو جسدها وهي عورة و للامر به لما اريد رجمها في بعض (١) النصوص - في امرأة اقرت عند الوصي عليه السلام بالفجور قال فحفر لها حفيرة في الرحبة وخاط عليها ثوبا جديدا و ادخلها الحفيرة - وانه عليه السلام امر فشدت على الجهنة ثيابها ثم رجمت .

وعن المقنع انه كالرجل في جلدها عريانا ان وجدت كك ومستنده اطلاق ما تقدم في الرجل لكن تلك النصوص مختصة بالزاني و الظاهر منه الرجل وارادة الجنس منه بحيث يشمل الزانية تحتاج الى قرينة مفقودة - وقاعدة الاشتراك مع احتمال الخصوصية كما لايخفى لاتجرى .

(الخامسة من تزوج بامة على حرة مسلمة فوطئها قبل الاذن كان عليه ثمن حد الزاني) كما في النص (٢) **(ومن زنى في زمان شريف)** كشهر رمضان **(اومكان شريف)** كالمشاهد المشرفة والمساجد **(ضرب زيادة على الحد)** بلاخلاف اجده فيه لمرفوع (٣) جابر عن ابي مريم قال اتى امير المؤمنين عليه السلام بالنجاشي الشاعر قد شرب الخمر في شهر رمضان فضربه ثمانين ثم حبسه ليلة ثم دعا به من الغد فضربه عشرين فقال له ياامير المؤمنين هذا ضربتني بثمانين في شرب الخمر وهذه العشرون ماهي قال عليه السلام لتجرئك على شرب الخمر في شهر رمضان - وضعفه منجبر بالعمل - ومافيه من العلة تدل على ثبوت الحكم في غير مورده .

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب حد الزنا حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٤٩ من ابواب حد الزنا حديث١

(٣) الوسائل باب ٦ من ابواب حد المسكر حديث١

من وجد رجلا يزني مع زوجته....

السادسة ـ اذا وجد الزوج رجلا يزني بزوجته وعلم بمطاوعتها له فله قتلهما ولا اثم عليه كما عن الشيخ وجماعة ـ وعن الحلي تقييده باحصانهما ـ ومقتضى اطلاق الاكثر عدم الفرق بين كون الفعل موجبا للرجم او الجلد كما لو كان الرجل غير محصن او كانا محصنين وسواء كان الزوج قد دخل ام لا ـ كان العقد دائما او متعة .

واستدل له بخبر(١) الفتح بن يزيد الجرجاني عن ابي الحسن عليه السلام في رجل دخل دار اخر للتلصص او للفجور فقتله صاحب الدار ايقتل به ام لا فقال عليه السلام اعلم ان من دخل دار غيره فقد اهدر دمه ولا يجب عليه شيء ـ والنبوي(٢) من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية ولا قود ـ وبالنصوص (٣) الدالة على اهدار دم من اطلع على قوم ينظر الى عوراتهم ـ ومادل (٤) على اهدار دم من راود امرئة على نفسها حراما فقتلته ـ وبخبر(٥) ابي البختري عن جعفر عن ابيه انه قال اذا دخل عليك رجل يريد اهلك ومالك فاقتله فما تبعك منه من شيء فهو علي ـ وبخبر (٦) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه عليهما السلام اذا دخل عليك اللص يريد اهلك ومالك فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه وقال اللص محارب لله ولرسوله فاقتله فمامنك منه فهو علي ـ وبمرسل(٧) الشهيد روى ان من رأى زوجته تزني فله قتلهما ـ وبصحيح(٨) عبدالله بن سنان عن ابي

(١ـ٢) الوسائل باب ٢٧ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢ـ٣

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص في النفس

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب القصاص في النفس

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب الدفاع حديث ١

(٦) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المحارب حديث ٢

(٧) الوسائل باب ٤٥ من ابواب حد الزنا حديث ٢

(٨) الوسائل باب ٢١ من ابواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١

عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل تزوج امرأة فلما كان ليلة البناء عمدت المرئة الى رجل صديق لها فادخلته الحجلة فلما ذهب الرجل يباضع اهله ثار الصديق فاقتتلا في البيت فقتل الزوج الصديق وقامت المرئة فضربت الرجل فقتلته بالصديق قال عليه السلام تضمن المرئة دية الصديق وتقتل بالزوج .

ولكن شيئا من هذه النصوص غير مرسل الشهيد لايدل على المطلوب ـ فان جملة منها تدل على جواز قتل من دخل داره بغير اذنه ولو كان ذلك للسرقة اوارادة الفجور وان لم يفجر ـ وجملة منها تدل على جواز ان تدفع المرئة عن نفسها وان استلزم القتل وبعضها يدل على ان لاشيء على من قتل من اقتتل معه في بيته ـ ثم انه ليس في شيء منها تعرض لحكم قتل الزوجة .

فالحق ان يستدل لجواز قتل الزاني بمرسل الشهيد ـ وبالصحيح (١) المتضمن لقول امير المؤمنين عليه السلام في جواب ما كتبه معوية الى ابى موسى من ان اباالجسرين وجد رجلا مع امرئته فقتله فاسئل لى عليا عليه السلام ـ ان جاء باربعة يشهدون على ماشهد والادفع برمته فانه يدل على جواز القتل له ـ غاية الامر لاثبات ان قتله اياه كان لرؤيته اياه مع زوجته لالغير ذلك لابدوان يقيم الشهود كما اشار الامام عليه السلام في خبر (٢) داود بن فرقد ـ انه ان استقام هذا ثم شاء ان يقول كل انسان لعدوه دخل بيتي فقتلته ـ وعلى ذلك فان لم يقدر على اثبات ذلك في ظاهر الشرع يحكم عليه بحكم القاتل ولكن لاشيء عليه بينه وبين ربه .

وبذلك يظهر انه لامنافاة بين فتوى الاصحاب وهذه النصوص وبين صحيح (٣) داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام ان اصحاب النبي صلى الله عليه وآله قالوا لسعد بن عبادة لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به قال كنت اضربه بالسيف قال فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله فقال ماذا ياسعد قال سعد قالوا لو وجدت على بطن امراتك رجلا ما كنت

(١-٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص في النفس حديث ٢-٣

(٣) الوسائل باب ٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

صانعا به فقلت اضربه بالسيف فقال ياسعد فكيف بالاربعة الشهود فقال يا رسول الله بعدراى عينى وعلم الله ان قد فعل قال اى والله بعد رأى عينك وعلم الله ان قد فعل لان الله عزوجل قد جعل لكل شيء حدا وجعل لمن تعدى ذلك الحد حدا ـ وانه يحمل ذلك على بيان الحكم الظاهرى ويؤيده انه لم ينهه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن قتله ولولم يكن يجوز قتله كان ذلك كساير الحدود اقامته وظيفة الامام ونائبه ـ واما قتل المرئة فلادليل عليه سوى المرسل المنجبر ضعفه بالعمل فان الظاهر ان الحكم مقطوع به بين الاصحاب ـ ومما ذكرناه ظهر مدرك ماافاده الاصحاب من انه في الظاهر عليه القود الاان ياتى على دعواه بينة اويصدقه الولى .

ثم ان النصوص مختصة بمشاهدة الزوج فلوقامت البينة اواقرهوأوهى بذلك لايثبت الحكم ـ اذلم يظهر كون الرؤية والمشاهدة ماخوذة فى الموضوع بعنوان الطريقية الى الواقع حتى تقوم الامارات مقامها ولعله للمشاهدة مدخلية فى الحكم وبذلك ظهرانه لاوجه لاستشكال الشهيد الثانى فى الحاق الاقرار بالمشاهدة بل الاظهر عدم الالحاق ـ وكذا البينة .

ثم ان الحكم مختص بالزوجة فلايشمل الام والاخت ومن شاكل .

السابعة اذا شهد اربعة عدول على امرأة بالزنا قبلا فادعت انها بكر فشهد لها اربع نساءعدول بذلك فلاحدعليها بلاخلاف وفى الرياض اجماعاعلى الظاهر المصرح به فى التنقيح ـ لقوى (١) السكونى عن الصادق عليه السلام عن ابيه عليه السلام عن على عليه السلام انه اتى رجل بامرأة بكرزعم انها زنت فامر النساء فنظرن اليها فقلن هى عذراء فقال على (ع) ماكنت لاضرب من عليها خاتم من الله .

وهل يحد الرجل ان شهدوا عليه بالزنا بها ام لا كما فى الجواهر ـ الظاهر هو الاول ان احتمل عودالبكارة لاحتمال صدق الشهود وعود البكارة ـ ومافى الجواهر

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد الزنا حديث ١

من الاستدلال للاول بالشبهة الدارئة - يدفعه ان الشبهة انما تدرأ مع عدم قيام البينة والا فمع قيامها لايعتنى بالشبهة ولاتلازم بين سقوط الحدعن المرئة وسقوطه عن الرجل كي يستدل بالقوى لسقوط الحدعنه ايضاً - وبذلك يظهر انه لايحد الشهود عليها للفرية كما عن المبسوط - اضف اليه انه يمكن ان يكون الحكم بالسقوط من جهة قبول الشهادتين والحكم بالتعارض و التساقط - ولذلك يمكن القول بسقوط الحد عن الزانى ايضاً ان لم يحتمل عود البكارة .

الثامنة اذا كان الزوج احد الاربعة فيه روايتان - احداهما رواية (١) ابراهيم ابن نعيم عن الصادق (ع) الدالة على القبول وعمل بها الاصحاب - ثانيتهما رواية (٢) زرارة عن احدهما (ع) الدالة على عدم القبول - والثانية مضافا الى ضعف سندها لم يعمل بها الاصحاب فالاظهر هو القبول .

حد اللواط

(الفصل الثامن فى) حد **(اللواط و السحق و القيادة)** فالكلام فيه فى مواضع - الاول فى اللواط وتمام الكلام فيه فى طى مسائل - الاولى اللواط وهو وطء الذكران بعضهم بعضا المشتق من فعل قوم لوط حرمته من ضروريات الدين فضلا عما دل عليه من الكتاب (٣) والسنة المستفيضة (٤) وهو يوجب الحد اجماعاً - والنصوص الاتية دالة عليه .

الثانية **(يثبت اللواط بما يثبت به الزنا)** بلا خلاف - فيتوقف ثبوته على الاقرار به اربعا - اوشهادة اربعة رجال بالمعاينة .

(١-٢) الوسائل باب ١٢ من كتاب اللعان حديث ١-٢

(٣) الشعراء آية ١٦٥ - الاعراف آية ٨٠

(٤) الوسائل باب ١٧و١٨ و١٩ و٢٠ من ابواب النكاح المحرم كتاب النكاح

اما الاول فيشهد له صحيح (١) مالك بن عطية عن ابى عبدالله عليه السلام قال بينما امير المؤ منين عليه السلام فى ملاء من اصحابه اذ اتاه رجل فقال يا امير المؤمنين انى اوقبت على غلام فطهرنى فقال ياهذا امض الى منزلك لعل مرارا هاج بك فلما كان من غد عاد اليه فقال يا امير المؤمنين انى او قبت على غلام فطهرنى فقال له اذهب الى منزلك لعل مرارا هاج بك حتى فعل ذلك ثلاثا بعد مرته الاولى فلما كان فى الرابعة قال له ياهذا ان رسول الله صلى الله عليه وآله حكم فى مثلك بثلاثة احكام فاختر ايهن شئت قال وما هن يا امير المؤمنين قال ضربة بالسيف فى عنقك بالغة مابلغت واهداب من الجبل مشدود اليدين والرجلين او احراق بالنار قال يا امير المؤمنين ايهن اشد على قال عليه السلام الاحراق بالنار الحديث وسياتى باقيه.

واما الثانى فيشهد به مضافا الى تسالم الاصحاب عليه بل والمالكية-والحنابلة-والشافعية - والى مادل (٢) على انه اذا اتى الرجل الرجل فهما زانيان - بضميمة ما تقدم من مادل على توقف ثبوت الزنا على شهادة اربعة من الرجال - الاخبار الدالة على انه لا يرجم الرجل حتى يشهد عليه اربعة شهود على الايلاج والاخراج لا حظ صحيح (٣) الحلبى عن الصادق عليه السلام حد الرجم ان يشهد اربع انهم رأوه يدخل ويخرج ونحوه غيره - وعلى ذلك فالكلام فى ذلك و فروعه هو الكلام فيهما فى الزنا - نعم الظاهر عدم ثبوته اذا شهد بذلك دون الاربع وان انضم اليهم النساء اذ لاتقبل شهادة النساء فى الحدود كما دل على ذلك الاخبار (٤) وتقدم - و خروج الزنا على بعض الوجوه بدليل لايقتضى التعدية لحرمة القياس-وتنزيل اللائط منزلة الزانى ليس فى الخبر المعتبر كى يتمسك باطلاق التنزيل - و للحاكم ان يحكم فيه بعلمه كما مر

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب حد اللواط حديث ١

(٢) الفقه على المذاهب الاربعة ج٥ ص١٤٠

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد الزنا حديث ١

(٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات حديث ٢٩-٣٠-٤٢

الكلام فيه فی كتاب القضاء .

بيان حد اللواط مع الايقاب

الثالثة (ثم) انه ان ثبت اللواط فتارة يكون ذلك مع الايقاب و اخرى بدونه

ف‍ـ **(ان اوقب قتل او رجم او القی من الشاهق)** بلا خلاف فيه كما عن السرائر وعن الانتصار والغنية الاجماع عليه الا انه فی الاول لم يذكر الاحراق وهو ظاهر المسالك ويشهد به صحيح مالك المتقدم ـ وخبر (١) الحضرمی عن الصادق عليه السلام انی امير المؤمنين عليه السلام بامرأة وزوجها قدلاط زوجها بابنها من غيره وثقبه وشهد بذلك الشهود وامر به عليه السلام فضرب بالسيف حتى قتل و ضرب الغلام دون الحد و قال امالو كنت مدركا لقتلتك لامكانك اياه من نفسك بثقبك ونحوهما غيرهما من النصوص الكثيرة الا انه ليس فی شیء منها القاء الجدار عليه ولكن قيل ان فيه خبر امرويا عن مولينا الرضا عليه السلام وضعفه منجبر بالفتوى فلا اشكال فيه .

واما مايظهر من جملة من النصوص من التفصيل بين المحصن و غيره فالرجم فی الاول والحد فی الثانی كخبر (٢) ابن ابی عمير عن عدة من اصحابنا عن ابی عبدالله عليه السلام فی الذی يوقب ان عليه الرجم ان كان محصنا والجلد ان لم يكن محصنا ونحوه غيره فلا عراض الاصحاب عنها وسقوطها عـن الحجية على فرض حجيتها فی انفسها بالمعارضة مع النصوص الاولة التی عليها الفتوى تطرح بل **(وللامام احراقه وقتله بغيره)** بان يقتل بالسيف ثم يحرق كماهو المشهور بين الاصحاب بل بلاخلاف كما عن السرائر زيادة للردع ـ وفی صحيح (٣) العزرمی عن الصادق عن ابيه عليهما السلام ان امير المؤمنين عليه السلام امر بقتل الرجل الذی وجد مع رجل فی زمان عمر ثم قال بعد قتله انه قدبقی من حدوده شیء قال عمر ای شیء بقی قال عليه السلام ادع بحطب فدعا عمر بحطب

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب حد اللواط حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٣ - من ابواب حد اللواط حديث ٨-٤

فامر به امير المؤمنين عليه السلام فاحرق بالنار.

ثم ان الظاهر كما عليه الاصحاب ان التخيير في القتل المزبور ثابت **(وان كان)** اللواط **(بصغير اومجنون)** كما صرح به في بعض النصوص المتقدمة.

(ولولاط المجنون او الصغير بعاقل ادبا وقتل العاقل) بلاخلاف معتد به في شيء من ذلك - اما قتل العاقل فلما يأتي - واما ان اللاطي لايحد بل يؤدب فيشهد به ماتقدم في زناهما من الادلة - وعن جماعة ان الفاعل ان كان مجنوناً يحد وقدمر ما يمكن ان يستدل به له والجواب عنه.

(ولو لاط الذمي بمسلم قتل وان لم يوقب) بلا خلاف في الظاهر ويشهد به مادل (١) على قتله بزناه بالمسلمة - بالفحوى - وللنصوص (٢) الدالة على ان حد اللوطي حد الزاني.

(و يقتل المفعول مع الايقاب) ان كان عاقلا بالغا بلا خلاف - ويشهد به النصوص الكثيرة المتقدم بعضها بل بعض النصوص الدالة على ان اللاطي ان لم يكن محصنا لايقتل متضمن لقتله - كخبر (٣) حماد بن عثمان قلت لابي عبدالله عليه السلام رجل اتى رجلا قال عليه السلام عليه ان كان محصنا القتل وان لم يكن محصنا فعليه الجلد قال قلت فما على المؤتى به قال عليه السلام عليه القتل على كل حال محصنا كان اوغير محصن والكلام في كيفية قتله هو الكلام في كيفية قتل اللاطي.

و يشهد لجواز رجمه قوى (٤) السكوني عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام اذا كان الرجل كلامه كلام النساء ومشيته مشية النساء و يمكن من نفسه ينكح كما تنكح المرئة فارجموه ولاتستحيوه.

---

(١) الوسائل باب ٣٦ من ابواب حد الزنا

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٤

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد اللواط حديث ٥

ولجواز احراقه بالنار خبر (١) القداح عنه عليه السلام كتب خالد الى ابى بكر انه اتى برجل يؤتى فى دبره فاستشار امير المؤمنين (ع) فقال (ع) احرقه بالنار فان العرب لاترى القتل شيئاً .

واما الالقاء من شاهق والقاء الجدار عليه فلم اظفر بما يدل عليهما - و لعل مدركهما عموم التعليل فى خبر القداح - واولويته بذينك من اللوطى - والاجماع المركب.

ولو كان المفعول غير بالغ اومجنونا لايحد بل يعزر - اما غير البالغ فللنصوص كخبر الحضرمى المتقدم وقريب منه غيره - واما المجنون فلرفع القلم عنه (٢) وقد مر فى الزنا مايظهر منه الحكم .

حد اللواط بغير الايقاب

(ولو) لاط الرجل بمثله و**(لم يوقب)** كالمفخذ والفاعل بين الاليتين **(جلدمائة حراكان او عبدا فاعلا اومفعولا)** كما عن المفيد و سلار والحلبى و ابن زهرة والحلى وفى المسالك انه المشهور وعن صريح الانتصار وظاهر الغنية الاجماع عليه لخبر (٣) سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام فى الرجل يفعل بالرجل قال فقال عليه السلام ان كان دون الثقب فالجلد وان كان ثقب اقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربة اخذ السيف منه ما اخذ فقلت له هو القتل قال عليه السلام هو ذاك .

و عن الشيخ ره فى اكثر كتبه والقاضى و جماعة انه يرجم ان كان محصنا ويجلد ان لم يكن كك - واستدل له بانه مقتضى الجمع بين الخبر - وبين مادل على الرجم بقول مطلق - ومادل على ان اللوطى ان كان محصنا رجم والاجلد - المتقدمين بتقريب ان الثانى يوجب تقييد اطلاق الاخير فيختص الاخير بغير الموقب فيقيد

---

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب حد اللواط حديث ٩

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٢

اطلاق خبر سليمان به .

ولكن يرده ان ذلك يتوقف على القول بانقلاب النسبة ولا نقول به - و عليه فالنسبة بين الاخير والاول عموم من وجه لشمول الاخير للموقب و غيره و شمول الاول للمحصن و غيره فيتعارضان في المحصن غير الموقب والترجيح للخبر لفتوى الاكثر التي هي اول المرجحات هذا اذا لم نقل بظهور الاخير في الموقب والافيسقط الاستدلال رأسا والظاهر انه كك - واما مرسل (١) الحسين بن سعيد الدال على ان حد رجلين نكح احدهما الاخر طوعا بين فخذيه القتل - فللارسال واعراض الاصحاب لابد من طرحه و لعله مدرك الصدوقين و الاسكافي حيث التزموا بان حد اللواط مطلقا وان لم يكن ايقاب هو القتل - لاما دل (٢) على ان اللواط ما بين الفخذين والايقاب هو الكفر بما انزل الله تعالى على نبيه صلى الله عليه وآله وسلم الذى هو ضعيف السند وقاصر الدلالة .

(و لو تكرر الحد) بان لاط بدون الايقاب فحد ثم لاط فحد - و هكذا **(قتل في الرابعة)** على ما تقدم في الزنا - لما دل من(٣) النصوص على ان حد اللوطى هو حد الزاني - وللاجماع على عدم الفرق بينه وبين ما هنا - وبذلك يخصص اطلاق ما دل على (٤) ان اصحاب الكبائر اذا اقيم عليهم الحد مرتين يقتلون في الثالثة كما مر - وبذلك يظهر ان افتاء المصنف في الزنا بانه يقتل في الثالثة او تردده فيه وافتائه في المقام بانه يقتل في الرابعة لايجتمعان .

(١-٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد اللواط حديث ٥-٠

(٢) الوسائل باب ٢٠ من ابواب النكاح المحرم كتاب النكاح

(٤) الوسائل باب ٥ من ابواب مقدمات الحدود

حد اجتمـاع الاجنبيين فى ازار واحد مجردين

الرابعة **(ويعزر الاجنبيان المجتمعان فى ازار واحد مجردين)** بلا ضرورة تقتضى ذلك **(من ثلثين)** سوط **(الى تسعة و تسعين)** كما عن الشيخ والحلى واكثر المتأخرين و يشهد بذلك - خبر (۱) سليمان بن هلال سئل بعض اصحابنا ابا عبدالله عليه السلام فقال جعلت فداك الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد فقال عليه السلام ذوا محرم فقال لا فقال من ضرورة قال لا قال عليه السلام يضربان ثلثين سوطا ثلاثين سوطا وخبر (۲) ابن سنان عنه عليه السلام فى رجلين يوجدان فى لحاف واحد فقال يجلدان حدا غير سوط - و الجمع بينهما يقتضى البناء على ان الثلثين والمائة غير سوط غايتان والحكم فيهما و ما بينهما منوط بنظر الحاكم وضعفهما منجبر بالعمل - ومن الاول يستفاد اعتبار كونهما اجنبيين وعدم الضرورة فان الظاهر من الاستفصال و تعلق الحكم على احد الشقين هو عدم ثبوته فى الاخر (فما) فى المسالك من الاشكال فى اعتبار عدم الرحمية وعدم الضرورة فى غير محله .

واما اعتبار التجرد فليس فى هذه النصوص ما يشهد به - ولكنه اخوذ فى بعض النصوص (۳) المتضمنة لثبوت الحد - وقد عرفت فى الفصل السابق ان تلكم النصوص على كثرتها وصحة اسنادها لا تصلح للمقاومة مع ماعليه استناد الاصحاب فهى تحمل على ارادة الحد الاسوط كما عن المختلف اوعلى غيره مما مر - وعلى تقدير تمامية ما عن المختلف فما تضمن اعتبار التجرد يدل عليه فى المقام .

ويمكن ان يستفاد من التقييد بعدم الرحمية والضرورة بالغاء الخصوصية كون الميزان هو الريبة والتهمة لا مطلق الاجتماع وعليه ففى صورة كونهما مجردين يتحقق التهمة وفى غيرها لا تتحقق - وبه يظهر انه ليس المراد اعتبار كونهما عاريين

(۱-۲) الوسائل باب ۱۰ من ابواب حد الزنا حديث ۲۱-۱۸

(۳) الوسائل باب ۱۰ من ابواب حد الزنا حديث ۱۵

فلو كانا نائمين سراويلهما مع عدم كون الثوبين الذين لبستاهما ساترين للعورة فمادون ثبت التعزير - وعلى ذلك فلو كانا مجتمعين تحت لحاف واحد بنحو لاتهمة ولاريبة لاتعزير عليهما .

ثم انه ان تحقق موجب التعزير فان لم يتكرر التعزير لايجب الاتعزير واحد كما تقدم في تكرر موجب الحد في الزنا .

(و) اما (**لو تكرر التعزير**) منهما و تخلل التعزير بين افراد الموجب (**حد في الثالثة**) كما عن الشيخ وبني ادريس والبراج وسعيد والمصنف في القواعد وهنا وغيرهم - واستدل له بفحوى خبر (١) ابي خديجة لاينبغي لامرأتين ان تناما في لحاف واحد الاوبينهما حاجز فان فعلتا نهيتا عن ذلك فان وجدهما بعد النهي في لحاف واحد جلد كل واحدة منهما حدا حدا فان وجدتا ايضاً في لحاف واحد حدتا فان وجدت الثالثة حدتا فان وجدتا الرابعة قتلتا - بناء على ان المراد بالنهي اولامجرد الامر بالترك ومن حدهما في الثانية التعزير - وفيه مضافا الى كونه اخص من المدعى ومتضمنا ما لايقولون به نمنع الفحوى فالظاهر عدم الدليل عليه .

الخامسة (**و يعزر من قبل غلاما بشهوة**) - لان تقبيله بشهوة حرام وفي الخبر (٢) من قبل غلاما بشهوة لعنته ملائكة السماء وملائكة الارضين وملئكة الرحمة وملائكة الغضب وفي النبوي (٣) من قبل غلاما بشهوة الجمه الله تعالى يوم القيامة بلجام من نار - وقد دلت النصوص على ثبوت التعزير في ارتكاب المحرم - ولافرق بين المرحم وغيره لافي ان الغالب في المرحم كون التقبيل لالشهوة - كما لافرق بين المحرم وغيره واما خبر (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام عن محرم قبل غلاما بشهوة قال (ع) يضرب مائة

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢٥

(٢) المستدرك باب ١٨ من ابواب النكاح المحرم حديث ٣ فتامل

(٣) الوسائل باب ٢١ من ابواب النكاح المحرم حديث ١ كتاب النكاح

(٤) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد اللواط حديث ١

سوط فيمكن ان يكون تغليظا للاحرام - وقد مر الكلام فيه في محله .

حد السحق

الموضع الثاني في السحق وهو وطء المرئة لمثلها - المكنى عنه في الاخبار باللواتي مع اللواتي وحرمته مجمع عليها - والنصوص الدالة عليها مستفيضة بل متواترة **(ويثبت السحق بما يثبت به الزنا)** اجماعا - وهل يثبت بغيره كالاقرار مرة واحدة اومرتين - وبشهادة رجلين كما هومقتضى اطلاق ادلتهما بناء على ماتقدم من عموم حجية شهادة رجلين املا - الظاهر هو الثاني لتسالم الاصحاب عليه ويعضده النبوي (١) السحق في النساء بمنزلة اللواط في الرجال فمن فعل ذلك شيئاً فاقتلوهما ثم اقتلوهما فان اطلاق التنزيل يدل على ثبوت جميع احكام المنزل عليه للمنزل منها عدم ثبوته الابشهادة اربعة رجال أوالاقرار اربعا كما مر - وبه يظهر انه يثبت بما يثبت به اللواط فلايثبت بشهادة ثلاثة رجال وامرأتين .

(و) كيف كان فان ثبت **(يجب فيه جلد مائة على الفاعلة والمفعولة والحرة والامة سواء)** بلاخلاف في شيء من ذلك الافي جلد المحصنة مائة - فان المشهور بين الاصحاب على مافي الرياض والمسالك انه كك وفي المسالك نسبته الى عامة المتأخرين وعن الانتصار ان عليه اجماع الامامية - وعن الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة انها ترجم ومال اليه في المسالك وقواه في الرياض بحسب النصوص وانما لم يفت به لمخالفة الجماعة - ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص .

منها ما يدل على الرجم كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن الصادقين عليهما السلام في محصنة ساحقت بكرا فحملت - المتضمن لقضاوة الحسن عليه السلام وفيه ثم ترجم المرئة لانها محصنة ونحوه اخبار (٣) اسحاق بن عمار - وعمرو بن عثمان - والمعلى بن خنيس

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ٣

(٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ١-٢-٣-٤

فقد صرح فى الجميع بان المساحقة المحصنة ترجم - وحسن (١) ابن حمزة وهشام وحفص عن الصادق عليه السلام اذ دخل عليه نسوة فسألته امرأة منهن عن السحق فقال عليه السلام حدها حد الزانى وحد الزانى مشترك بين الجلد والرجم فيكون ذلك الحد مشتركا - وخبر (٢) الاحتجاج عن القائم ارواحنا فداه الفاحشة المبينة هى السحق دون الزنا الى ان قال و اذا سحقت وجب عليها الرجم والرجم خزى ومن قد امر الله عزوجل برجمه فقد اخزاه الحديث - وخبر (٣) سيف التمار عن ابى عبدالله عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام بامرأتين وجدتا فى لحاف واحد و قامت عليهما البينة انهما كانتا تتساحقان فدعا بالنطع ثم امر بهما فاحرقتا بالنار .

ومنها مادل على انها تجلد كموثق (٤) زرارة عن الباقر عليه السلام المساحقة تجلد - وماعن الروضة من ان فيه اخبارا صحيحة - والمرسل (٥) عن امير المؤمنين عليه السلام السحق فى النساء كاللواط فى الرجال ولكن فيه جلد مائة لانه ليس فيه ايلاج - ولكن الموثق اعم من النصوص المتقدمة لان النصوص الاربعة الاولة بل الخامسة مختصة بالمحصنة فيقيد اطلاقها بها والمرسل لم يثبت استناد الاصحاب اليه - والاخبار الصحيحة التى ادعاها الشهيد الثانى غير واصلة الينا ولا الى غيرنا ولا الى نفسه حين ما كان يؤلف المسالك - فالاظهر بحسب الادلة هو الرجم اذا كانت محصنة الا ان مخالفة الاصحاب سيما فى الحدود التى تدرأ بالشبهة فى غاية الاشكال .

(ولو تكرر) السحق مع اقامة **(الحد)** ثلاثا **(قتلت فى الرابعة)** على الاظهر الاشهر بل عليه عامة من تاخر كذا فى الرياض كما هو الشأن فى الزنا واللواط على ما تقدم **(و يسقط الحد بالتوبة قبل البينة كاللواط ولايسقط بعدها)** ومع

(١-٣-٤) الوسائل باب ١ من ابواب حد السحق والقيادة حديث ١-٣-٢

(٢) الوسائل باب ٢٣ من ابواب العدد من كتاب الطلاق حديث ٤

(٥) المستدرك باب ١ من ابواب حد السحق حديث ٤

(٦) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد الزنا حديث ٢٥

الاقرار والتوبة يكون الامام مخيرا بلاخلاف يعتدبه فى شيء من ذلك ويظهروجه الجميع مما اسلفناهفى الزنا .

كما انه قدظهرمما ذكرناه فى اللواط **(و)** الزنا انه **(تعزر المجتمعتان تحت ازار واحد مجردتين)** لان الدليل فى المرأتين والرجلين واحد **(و)** عليه فما ذكروه من انهما **(تحدان لو تكرر التعزيرمرتين)** متين لما مرمن دلالة خبر ابى خديجة (١) عليه المعمول به بين الاصحاب اذ الظاهرعدم الخلاف فيه فىالمقام .

حدالقيادة

الموضع الثالث فى حد القيادة ـ وهى الجمع بين الرجل والمرئة للزنا ـ اوبين الرجال والرجال ولوصبيانا للواط ـ بل عن الغنية والجامع والاصباح زيادة اوبين النساء والنساء للسحق **(و)** قد اتفق الجميع على انه **(يجلد القواد خمسا وسبعين جلدة و)** اختلفوا فىثبوت شيء آخرمع الجلد فعن الشيخ فىالنهاية وابنى ادريس وسعيد ـ انه **(يحلق رأسه ويشهروينفى)** من مصره الى غيره من الامصار ـ وعن المفيدوابنى زهرة وحمزة والديلمى وغيرهم ينفى فى الثانيةولاينفى فى الاولى ـ وعن ابن الجنيد الاقتصارعلى النفى ومال اليه فى المسالك .

والمستند خبر(٢) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام قال قلت لابىعبدالله عليه السلام اخبرنى عن القواد ماحده قال لاحد على القواد أليس انما يعطى الاجر على ان يقود قلت جعلت فداكانما يجمع بين الذكروالانثى حراما قال عليه السلام ذاكالمؤلف بين الذكروالانثى حراما فقلت هو ذاك قال عليه السلام يضرب ثلاثة ارباع حد الزانى خمسة وسبعين سوطا وينفى من المصرالذى هوفيه ـ وحق القول فى المقام يقتضى

---

(١) الوسائلباب ١٠ منابواب حدالزناحديث ٢٥

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب حدالسحق والقيادة حديث ١

البحث فى امور.

-١- ان الخبر مختص بالجمع بين الرجل والمرئة للزنا - ويلحق به الجمع بين الرجل والرجل للواط بالاجماع ولا وجه لالحاق الجمع بين النساء و النساء للسحق - بهما لعدم الدليل - وليس موضوع الحكم هو القيادة كى يقال انها تصدق عليه ايضاً - فالاظهر عدم ثبوت الحد فيه .

-٢- الخبر يدل على الجلد والنفى - ولكن تكرر منهم دعوى الاجماع على الحلق والشهرة - ومثل هذا الاجماع الذى لامدرك له يكفى فى ثبوت الحكم قطعاً

-٣- ان ظاهر الخبر النفى فى المرة الاولى - وعن الغنية الاجماع على انه ينفى فى الثانية وهو يوجب صرف ظهور الخبر.

-٤- مقتضى اطلاق الخبر ان هذا الحكم يثبت للقواد **(حرا كان او عبدا مسلما او كافرا)** كما هو المتفق عليه بين الاصحاب.

- ٥ - **(ولا جز على المرئة ولا النفى)** ولا شهرة بلا خلاف اجده بل عليه الاجماع فى الانتصار والغنية كذا فى الرياض - اما عدم الجز والشهرة فواضح - واما عدم النفى فلاختصاص الخبر بالرجل - ولا مورد لاجراء قاعدة الاشتراك بعد الفرق بينهما نظرا الى ان النفى ينا فى ستر المرئة المطلوب رعايته - فان قيل فعلى هذا لاوجه لوجوب الجلد عليها - لانحصار المدرك بالخبر المختص على الفرض بالرجل قلنا ان الوجه فيه ح قاعدة الاشتراك والاجماع .

(ويثبت) القيادة **(بشاهدين عدلين)** بلا خلاف ولا اشكال لما عرفت من حجية شهادة العدلين مطلقا - فان قيل انه بناء على ما هو الحق من حجية خبر الواحد فى الموضوعات لابد وان يبنى على ثبوتها بخبر الواحد ايضاً - قلنا - ان ذلك فى غير باب الحكومة والقضاوة فان المثبت فى هذا المقام هو البينة كما مر فى كتاب القضاء - ولا تثبت بشهادة النساء لما مر فى كتاب الشهادات من انه لاتقبل شهادتهن فى الحدود - فالمثبت لها اما شهادة عدلين .

(**او الاقرار مرتين**) اما ثبوتها بالاقرار فلعموم ما دل (١) على مثبتية الاقرار. واما اعتبار مرتين وعدم الاكتفاء بالمرة فلتسالم الاصحاب عليه قال في محكي المختلف كل ما يثبته شاهد ان من الحدود فالاقرار فيه مرتان. وهذا الاتفاق في مقابل الدليل مع عدم وجود ما يصلح ان يكون مستند المجمعين يكون حجة قطعا و كاشفا عن الدليل المعتبر - نعم لو اقر مرة عزر كما عن التحرير - وبما ذكرناه في الزنا يظهر انه لاعبرة باقرار الصبي والمجنون والمكره .

حد القذف

(**الفصل التاسع في حد القذف**) وهو لغة الرمي بالحجارة وشرعا قيل رمي المسلم الكامل المستتر بالزنا او اللواط - وهو حرام اجماعا و كتابا (٢) وسنة متواترة (٣) واحد الموبقات السبع وهن كما قاله رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (٤) الشرك بالله - والسحر - وقتل النفس التي حرم الله - واكل الربا - واكل مال اليتيم - والتولي يوم الزحف - وقذف المحصنات .

وهو يوجب الحد بالاجماع و الكتاب قال الله (٥) تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون » والسنة ففي حسن (٦) عبدالله بن سنان قال ابوعبدالله عليه السلام قضى امير المؤمنين ان الفرية ثلاث يعني ثلاث وجوه اذا رمى الرجل الرجل بالزنا - واذا قال ان امه زانية - و اذا دعى لغير ابيه فلذلك فيه حد ثمانون - ونحوه غيره من النصوص التي ستمر عليك جملة منها .

---

(١) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٢-٥) النور آية ٥

(٣-٤) الوسائل باب ٤٦ من ابواب جهاد النفس حديث ٠-٣٤

(٦) الوسائل باب ٢ من ابواب حد القذف حديث ٢

ونخبة القول في المقام بالبحث في موارد ـ الاول في القاذف ـ لااشكال ولا خلاف في انه يعتبر فيه البلوغ والعقل ـ والى ذلك اشار المصنف بقوله ـ **(من قال من المكلفين)** فلو قذف الصبي او المجنون لم يحد لرفع القلم عنهما(١) بناء على ماهو الصحيح من عمومه لجميع الاحكام ـ ويشهد به مضافا الى ذلك في الصبي ـ خبر(٢) ابي مريم عن ابي جعفر عليه السلام عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يجلد قال عليه السلام لا وذلك لو ان رجلا قذف الغلام لم يجلد ونحوه غيره ـ وفي المجنون صحيح (٣) فضيل بن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام لاحد لمن لاحد عليه يعني لو ان مجنونا قذف رجلا لم ارعليه شيئا ولو قذفه رجل فقال يازان لم يكن عليه حد ـ ولايهمنا البحث في اعتبار الحرية فيه .

الثاني في المقذوف وقد جمع المصنف ره ما يعتبر فيه في قوله قده **(للبالغ العاقل ـ الحر ـ المسلم ـ المحصن ـ)** و المراد بالاحصان العفة و عدم التظاهر باللواط او الزنا ـ والظاهر انه لاخلاف في اعتبار شيء من تلكم الشرائط اي البلوغ والعقل والحرية والاسلام والاحسان وفي الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه .

فلو قذف المكلف مجنونا لا يحد لصحيح فضيل ـ و كذا لو قذف الصبي لخبر ابي مريم ـ وصحيح (٤) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يقذف الصبية يجلد قال عليه السلام لا حتى تبلغ ونحوه غيره ـ كما انه لو قذف كافرا لا يثبت عليه حد القذف ويشهد به خبر (٥) اسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام عن الافتراء على اهل الذمة واهل الكتاب هل يجلد المسلم الحد في الافتراء عليهم قال عليه السلام لا ولكن يعزر .

و ايضا لو كان متظاهرا باللواط او الزنا لاحد على قاذفه ـ لعدم صدق القذف

---

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات وباب ٣٦ من القصاص في النفس

(٢ـ٤) الوسائل باب ٥ ـ من ابواب حد القذف حديث ١ ـ ٤

(٣) الوسائل باب ١٩ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١

(٥) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد القذف حديث ٤

على نسبته اليه ولما دل (١) على انه لاحرمة للمتظاهر بالفسق - و هل يحد قاذف المتظاهر بفسق آخر غير الزنا واللواط - الظاهر ذلك لاطلاق الادلة - ومعنى عدم الحرمة للمتظاهر بالفسق عدم الحرمة بالنسبة الى خصوص ذلك الفسق - ولذا يجوز غيبته فيه دون غيره من المعاصي .

ثم انه لوقذف المكلف الصبي - او المجنون - او الكافر - وان كان لا يحد الا انه يعزر - كما مر في النصوص - و هل يعزر قاذف المتظاهر باللواط اوالزنا فيه قولان - اظهرهما الثاني كما اختاره الشهيدان وصاحبا الرياض والجواهر لعدم الدليل عليه بعد عدم حرمته .

الموجب للحد

الثالث في بيان الموجب للحد - وهو الرمي بالزنا او اللواط - وعن القواعد التردد في الحاق السحق بهما وعن المحقق الالحاق - ولكن حسن ابن سنان المتقدم الحاصر للفرية في ثلاث يرده وينفي التردد فيكون القذف ح ماعرفت - بان يقول **(يازاني - او يا لائط - او يا منكوحا في دبره او انت زان او لائط باى لغة كانت مع معرفة القائل بالفائدة)** لاحظ حسن ابن سنان المتقدم - وخبر (٢) عباد بن صهيب عن الصادق عليه السلام كان علي عليه السلام يقول اذا قال الرجل للرجل يامعفوج (مفتوح) يا منكوح في دبره فان عليه الحد حد القاذف - نعم يعتبر ان يكون اللفظ صريحا في الزنا او اللواط او ظاهرا في احدهما و لا يكفي التعريض - ففي خبر (٣) وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عليا عليه السلام لم يكن يحد في التعريض حتى ياتي بالفرية المصرحة يازاني يا ابن الزانية او لست لابيك - ونحوه خبر (٤) اسحاق بن عمار - والظاهر كما فهمه الاصحاب ان المراد بالصراحة ليس مايقول بل

---

(١) الوسائل باب ١٥٤ من ابواب احكام العشرة حديث ٤ -٥ كتاب الحج
(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد القذف حديث ٢
(٣-٤) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد القذف حديث ٩-٦

الظهور بل ما يقابل التعريض فيشمل الظاهر عرفا .

كمية حد القاذف و كيفيته

الرابع - في كمية الحد وقد اتفقت كلماتهم على انه ـ **(حد ثمانين جلدة حرا كان أو عبدا)** والكتاب والسنة المستفيضة شاهدان به ولا خلاف بينهم في انه يجلد القاذف بثيابه ولا يجرد - و يشهد به خبر(١) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام المفترى يضرب بين الضربين يضرب جسده كله فوق ثيابه - و قوى (٢) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام امر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ان لا ينزع شيء من ثياب القاذف الا الرداء - وخبر(٣) ابن عمار عنه عليه السلام في المفترى ضرب بين الضربين فوق الثياب يضرب جسده كله ونحوها غيرها - ومن هذه النصوص يستفاد انه يقتصر في ضربه على الضرب المتوسط ولا يبلغ به الضرب في الزنا - الخامس في جملة من الفروع .

١- **(ولو قال لمن اعترف ببنوته لست بولدى او قال لغيره لست لابيك وجب الحد)** بلا خلاف اجده فيه بيننا كذا في الجواهر - يشهد له في الاول مضافا الى ما في المسالك من ان هذه الصيغة عندنا من الفاظ القذف الصريحة لغة وعرفا فيثبت بها الحد لامه - قوى (٤) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام من اقر بولد ثم نفاه جلد الحد والزم الولد - و نحوه غيره - ولا يخفى ان ذلك فيما اذا كان قصده بذلك النفى - والا كما لو قال ذلك زجرا له وازدراء من انه ليس مثله في الخصال التى كان يتوقعها منه على ما هو مستعمل في العرف كثيرا فلا اشكال في عدم كونه قذفا ورميا ولا يشمله الخبر - واما الثاني فيشهد به حسن ابن سنان المتقدم وغيره .

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد القذف حديث ٣-٤-٦

(٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب حد القذف حديث ١

٢- **(ولو قال يا ابن الزاني - او الزانية - او يا ابن الزانيين فالحد)** ثابت **(للابوين اذا كانا مسلمين ولو كان المواجه كافرا)** بلا خلاف - لان المقذوف ممن يجب له الحد - ولحسن ابن سنان المتقدم - وموثق (١) الساباطي عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل قال للرجل يا ابن الفاعلة يعني الزنا فقال عليه السلام ان كانت امه شاهدة ثم جائت تطلب حقها ضرب ثمانين جلدة الحديث.

٣ - **(ويعزر ولو قال للمسلم ابن الكافرة امك زانية)** كما عن الحلي وعامة المتاخرين - لان المقذوف الام وهي كافرة وقد مر ان قذف غير المسلم لايوجب الحد وانما يوجب التعزير - وعن الشيخ في النهاية والقاضي انه يحد كاملا واستدل له بحرمة الابن - وبخبر (٢) البصري عن الصادق عليه السلام النصرانية واليهودية تكون تحت المسلم فيقذف ابنها - يضرب القاذف لان المسلم قد حصنها - ولكن حرمة الولد لاتكفي في ثبوت الحد بقذف الام - والخبر ضعيف السند لان في احد طريقيه بنان بن محمد المجهول - وفي الاخر معلى بن محمد - مع انه لو كان طريقه واضحا كما عن المصنف لما كان صالحا للمقاومة مع ماتقدم - واما الايراد عليه بان قذف الابن اعم من نسبة الزنا الى الام - وايضا ان القذف بذلك ليس قذفا للابن بل لها - مع ان ضرب القاذف اعم من الحد فمن الجائز ارادة التعزير منه - فيندفع الاولان بقوله ان المسلم قد حصنها، والاخير بانه مروي في الكافي بدل يضرب القاذف يضرب حدا - فالعمدة ماذكرناه.

٤- **(ولو قال يازوج الزانية ياأخ الزانية ياأب الزانية فالحد المنسوبة الى الزنا دون المخاطب)** لانها المقذوفة دون المخاطب وهو الزوج أوالاخ أوالاب وهوواضح.

---

(١) **الوسائل باب ٦ من ابواب حدالقذف حديث ١**

(٢) **الوسائل باب ١٧ من ابواب حدالقذف حديث ٦**

٥ ـ (ولو قال زنيت بفلانة ـ او لاط بك فلان ـ او لطت به ـ وجب حدان)

كما عن الشيخ فی النهاية والمبسوط والمفيد وجماعة بل عن الخلاف والغنية الاجماع عليه ـ واستدل له بان الزنا او اللواط فعل واحد متى كذب فی احدهما كذب فی الاخر اذ هو واقع بين اثنين نسبة احدهما اليه بالفاعلية كنسبة الاخر اليه بالمفعولية فهو قذف لهما ـ واورد عليه المحقق فی الشرايع بانا لا نسلم انه فعل واحد لان موجب الحد فی الفاعل غير الموجب فی المفعول وح يمكن ان يكون احدهما مختارا دون صاحبه.

ولذلك اختار هو قده وقبله الحلي وبعده المصنف فی التحرير علی ما حكی انه يثبت حد واحد للمواجه ولا حد للمنسوب اليه و قواه صاحب الجواهر ره ـ وفيه اولا النقض بانه اذا كان احتمال ذلك مانعا عن صدق القذف وترتب حكمه لزم البناء علی عدم ثبوته للمواجه ايضا لانه من الممكن كونه غير مختار ومكرها عليه ـ وثانيا بالحل وهو ان اللفظ ظاهر فی الاختيار ـ فالاظهر ثبوت حدين.

٦ ـ (ويعزر فی كل قول موجب للاستخفاف كقوله لامرأته لم اجدك عذراء او احتلمت بامك البارحة أو يا فاسق او يا شارب الخمر اذا لم يكن المقول له متظاهرا)

بلا خلاف فی ذلك ـ والنصوص الشاهدة بالكبری الكلية وبخصوص بعض الموارد المشار اليها كثيرة لاحظ خبر (١) الحسين بن ابی العلا عن الصادق عليه السلام ان رجلا لقی رجلا علی عهد امير المؤمنين عليه السلام فقال ان هذا افتری علی قال وما قال لك قال انه احتلم بام الاخر قال عليه السلام ان فی العدل ان شئت جلدت ظله فان الحلم انما هو مثل الظل ولكنا سنوجعه ضربا وجيعا حتی لا يؤذی المسلمين فضربه ضربا وجيعا ونحوه ما رواه (٢) الصدوق باسناده الی قضايا امير المؤمنين عليه السلام ـ وخبر (٣) ابی بصير عنه عليه السلام انه قال فی رجل قال لامرأته لم اجدك عذراء يضرب قلت فان عاد قال يضرب فانه يوشك ان

(١ـ٢) الوسائل باب ٢٤ من ابواب حد القذف حديث ١ـ٢

(٣) الوسائل باب ١٧ من كتاب اللعان حديث ٢

ينتهي ـ رواه (١) في الكافي عن علي بن ابراهيم عن محمد بن عيسى بن عبيد عن يونس وزاد قال يونس يضرب ضرب ادب ليس بضرب الحد لئلا يؤذي امرئة مؤمنة بالتعريض وهو الذي يقتضيه الجمع بينه وبين خبر (٢) زرارة عنه عليه السلام في رجل قال لامرئته لم تاتني عذراء قال عليه السلام ليس بشيء لان العذرة تذهب بغير جماع ـ وماقاله الصدوق (٣) وفي خبر آخر ان العذرة قد تسقط من غير جماع قد تذهب بالنكبة والعثرة والسقطة .

واما صحيح (٤) ابن سنان عنه عليه السلام اذا قال الرجل لامرئته لم اجدك عذراء و ليست له بينة يجلد الحد ويخلى بينه وبينها ـ فمحمول على ارادة التعزير بقرينة ما تقدم ـ اوعلى ارادة القذف به ولعله يؤمي اليه قوله وليست له بينة .

وخبر (٥) جراح المدائني عن الصادق عليه السلام اذا قال الرجل انت خبيث اوانت خنزير فليس فيه حد ولكن فيه موعظة وبعض العقوبة ـ وخبر (٦) ابي مخلد السراج عنه عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل دعا آخر ابن المجنون فقال له الاخر انت ابن المجنون فامر الاول ان يجلد صاحبه عشرين جلدة وقال اعلم انه مستعقب مثلها فلما جلده اعطى المجلود السوط فجلده عشرين نكالا ينكل بهما ـ وخبر (٧) ابي حنيفة عنه عليه السلام عن رجل قال لاخر يافاسق قال عليه السلام لاحد عليه ويعزر ـ وخبر (٨) ابي مريم عن الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في الهجاء التعزير الى غير ذلك من النصوص .

٧-(و كذا يعزر قاذف الصبي و المجنون و الكافر و المملوك و المتظاهر بالزنا) هكذا افاده جماعة وقد تقدم الكلام في ذلك في الموضع الثاني في بيان مايعتبر في المقذوف وقد عرفت ان المتظاهر بالزنا اذا قذف لا يعزر قاذفه .

٨ ـ **(والاب اذا قذف ولده)** لايحد بلا خلاف لصحيح (٩) محمد بن مسلم

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٥ من كتاب اللعان حديث ٢-١-٦-٤

(٥-٦-٧-٨) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد القذف حديث ٢-٣-٤-٥

(٩) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد القذف حديث ١

عن ابى جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا قال عليه السلام لو قتله ماقتل به وان قذفه لم يجلده ـ الى ان قال وان كان قال لابنه ياابن الزانية وامه ميتة ولم يكن لها من ياخذ حقها منه الاولدها منه فانه لايقام عليه الحد الحديث ـ ولكنه يعزر للحرمة .

حكم مالو قذف واحد جماعة

الموضع السادس فى الاحكام وفيه مسائل ـ الاولى **(ولو قذف)** شخص **(جماعة)** واحدا بعد واحد فلكل واحد قذف ـ ولو قذفهم بلفظ واحد كيا زناة **(فان جاؤا به)** وطالبوه **(مجتمعين فعليه حد واحد وان جاؤا به متفرقين)** وافترقوا فى المطالبة **(فلكل واحد حد)** على المشهور كما فى المسالك وعن الغنية والسرائر الاجماع عليه ـ وعن ابن الجنيد انه ان كان بلفظ واحد يثبت حد واحد وان كان بلفظ متعدد فعليه حد واحد ان طالبوه مجتمعين وان جاؤا به متفرقين فلكل واحد حد ونفى الباس عنه المصنف فى محكى المختلف ـ وفى المتن التفصيل فى الموردين ومال اليه فى المسالك .

والمستند النصوص الخاصة لاحظ صحيح (١) جميل عن الصادق عليه السلام فى رجل افترى على قوم جماعة فقال عليه السلام ان اتوا به مجتمعين ضرب حدا واحدا وان اتوا به متفرقين ضرب لكل واحد حد ـ ونحوه خبر (٢) محمد بن حمران ـ والمشهور جعلوا قوله جماعة صفة مؤكدة للقوم وعليه فيكون الخبر عاما شاملا للصورتين ـ ولكنه جمعا بينه وبين الخبر الاتى الدال على انه ان كان بكلمة واحدة يضرب حداً واحدا خصوه بما اذا كان القذف بلفظ واحد وسياتى مافيه ـ وخبر (٣) الحسن العطار عن الصادق عليه السلام عن رجل قذف قوما قال بكلمة واحدة قلت نعم قال يضرب حدا واحدا فان فرق بينهم فى القذف ضرب كل واحد منهم حدا ـ واورد عليه فى المسالك بانه ضعيف السند ـ لان فى طريقه ابان وهو مشترك بين الثقة وغيره والحسن العطار

(١-٢-٣) الوسائل باب ١١ من ابواب حد القذف حديث ١-٣-٢

وهو ممدوح خاصة وتبع فى ذلك المصنف ره فى المختلف ـ وفيه ان ابان الراوى هو ابان بن عثمان كما صرح به وهومن اصحاب الاجماع فلايضر عدم توثيق الحسن ـ مع ان الظاهر انه ثقة ونحوه خبر(١) بريد العجلى.

والحق فى الجمع ان يقال ان جماعة كما يحتمل ان تكون صفة للقوم يحتمل ان تكون صفة للقذف المدلول عليه بالفعل وهو افترى والمراد بالجماعة ح القذف المتعدد ـ وعليه ـ فالمتيقن من الخبر هو صورة تعدد اللفظ فانه اما مختص به اوعام شامل له ولصورة الاتحاد فالمتيقن هذه الصورة ـ وفى تلك الصورة تدل على التفصيل المزبور ـ و اما خبر الحسن فهو فى صورة الاتحاد يدل على ثبوت حد واحد مطلقا ولا معارض له ـ و فى صورة التعدد يدل على ثبوت حدود متعددة و هو اعم مطلق من الصحيح فيقيد اطلاقه به فما ذكره الاسكا فى اظهر .

وان ابيت عن احتمال كون لفظ جماعة فى الصحيح صفة للقذف وقلت انها صفة للقوم فهو مطلق يدل على التفصيل فى الصورتين والنسبة ح بينه وبين كل من الجملتين المذكورتين فى خبر الحسن عموم من وجه ـ فيدور الامر بين تقديم الصحيح عليهما وتقديمهما عليه ـ وتقديمه على احداهما دون الاخرى ـ والاخير ترجيح بلا مرجح ـ والاول مستلزم لبطلان ما فى الخبر من التفصيل ـ والثانى يلزم منه طرح الصحيح ـ فهما متعارضان لابد من تقديم احدهما و طرح الاخر ـ و حيث ان القول بالتفصيل بين مطالبتهم مجتمعين ومتفرقين فى الجملة مشهور بين الاصحاب فالشهرة التى هى اول المرجحات تقتضى تقديم الصحيح و كذا تقتضيه صفات الراوى التى هى الثانى من المرجحات ـ فتكون النتيجة هو القول بالتفصيل فى الصورتين كما هو ظاهر المتن ولعل هذا اظهر فتدبر واغتنم .

الثانية **(ويثبت القذف بالاقرار مرتين من المكلف او بشهادة عدلين)**

---

(١) الوسائل باب ١١ من ابواب حد القذف حديث ٥

اجماعا ـ لعموم ما دل (١) على حجية شهادة العدلين و ثبوت المشهود به بها ـ ومادل (٢) على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ـ انما الاشكال فى عدم ثبوته بالاقرار مرة مع ان مقتضى اطلاق دليله الثبوت ـ و لكن الظاهر انه اجماعى كما مر فى الفصل السابق .

الثالثة **(و يعزر الصبى و المجنون اذا قذفا)** كما تقدم فى الموضع الاول عند بيان شرائط القاذف .

الحدموروث كالمال

الرابعة **(و الحد موروث كالمال)** من غير فرق بين حد القذف و غيره اذا لم يكن قد استوفاه و لا عفى عنه بلا خلاف وفى الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه والاصل فيه مضافا الى ذلك والى العمومات ـ جملة من النصوص ـ كصحيح (٣) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى حديث وان كان قال لابنه يابن الزانية وامه ميتة ولم يكن لها من ياخذ بحقها منه الاولدها منه فانه لايقام عليه الحد لان حق الحد قد صار لولده منها فان كان لها ولد من غيره فهو وليها يجلد له وان لم يكن لها ولد من غيره و كان لها قرابة يقومون باخذ الحد جلد لهم ـ و نحوه غيره الذى سيمر عليك ـ ولاينافيها خبر (٤) السكونى عن ابى عبدالله عليه السلام الحد لا يورث لانه يحمل على ارادة عدم كونه موروثا على حسب المال كما صرح بذلك فى موثق (٥) الساباطى عنه عليه السلام ان الحد لايورث كما تورث الدية والمال ولكن من قام به من الورثة فهو وليه و من تركه فلم يطلبه فلا حق له وذلك مثل رجل

---

(١) الوسائل باب ٧و٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٢) الوسائل باب ٣ من ابواب حد الاقرار

(٣) الوسائل باب١٤ من ابواب حد القذف حديث ١

(٤-٥) الوسائل باب٢٢ من ابواب حد القذف حديث ٣ـ٢

قذف وللمقذوف اخوان فان عفا عنه احدهما كان للاخر ان يطلبه بحقه الحديث- وبه يظهر ان المراد بكون حد القذف موروثا-ليس انه يرث كل من الورثة حصة منه-بل الثابت لكل منهم الولاية على استيفائه فللواحد من الجماعة المطالبة بتمام الحد وان عفى الباقون.

(و)لكن(**لا ميراث للزوجين**) بل ولا لغيرهما من ذوى الاسباب اجماعا ادعاه غير واحد وهو الحجة فيه- وقد مر الكلام فيه فى كتاب الميراث(**ولو عفى احد الوراث كان للباقى الاستيفاء على التمام**) بلا خلاف و لا اشكال و موثق الساباطى شاهد به.

الخامسة (**ولو تكرر الحد**) بتكرر القذف (**ثلاثا قتل فى الرابعة**) وقيل فى الثالثة - والصحيح المتقدم المتضمن لان اصحاب الكبائر يقتلون فى الثالثة شاهد بالثانى- وقد مر الكلام فيه فى حد اللواط وغيره فراجع- ثم ان ذلك فيمالو قذف فحد ثم قذف فحد وهكذا.

و اما لو قذف مرارا - فان كان المقذوف متعددا فقد مر حكمه فى المسألة الاولى و ان كان واحدا - فالاظهر ثبوت حد واحد عليه من غير فرق بين تعدد المقذوف به كان قذفه مرة بالزنا واخرى باللواط و ثالثة بانه ملوط-ووحدته كما لوقذفه بالزنا مرارا فالظاهر ثبوت حدواحد بناء على ما هوالحق من اصالة وحدة المسببات.

السادسة (**ولو تفاذف اثنان**)سقط الحدو (**عزرا**) بلا خلاف لصحيح (١) عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجلين افترى كل واحد منهما على صاحبه فقال عليه السلام يدرأ عنهما الحد ويعزران-ونحوه صحيح (٢) ابى ولاد الحناط عنه عليه السلام

(١-٢) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد القذف حديث ١-٢

یجب قتل من سب النبی (ص)

الموضع السادس فی اللواحق وفیه مسائل - الاولی **(و یقتل من سب النبی (ص) او واحدا من الائمة علیهم السلام و یحل لکل سامع قتله مع امن الضرر)** بلا خلاف فی شیء من تلکم بل الاجماع بقسمیه علی الجمیع کما فی الجواهر - وقد تکرر فی کلماتهم دعوی الاجماع علیها - والمستند هو النصوص الخاصة کالنبوی (١) الخاصی رواه علی بن جعفر عن اخیه علیه السلام فی حدیث من سمع احدا یذکرنی فالواجب علیه ان یقتل من شتمنی ولایرفع الی السلطان والواجب علی السلطان اذا دفع الیه ان یقتل من نال منی - وحسن (٢) محمد بن مسلم فی حدیث فقلت لابی جعفر علیه السلام ارأیت لوان رجلا الان سب النبی صلی الله علیه وآله أیقتل قال علیه السلام ان لم تخف علی نفسك فاقتله ونحوها غیرها - و صحیح (٣) هشام بن سالم قلت لابی عبدالله علیه السلام ماتقول فی رجل سبابة لعلی علیه السلام فقال لی حلال الدم والله لولان تعم بریئا قال قلت لای شیء یعم به بریئا قال علیه السلام یقتل مؤمن بکافر ولم یزد علی ذلك - وخبر (٤) العامری عنه علیه السلام - قال له ای شیء تقول فی رجل سمعته یشتم علیا علیه السلام ویبرأ منه فقال لی والله هو حلال الدم وماالف منهم برجل منکم دعه - وخبر (٥) علی بن حدید عن ابی الحسن الاول علیه السلام فقال انی سمعت محمد بن بشیر یقول انك لست موسی بن جعفر الذی هو امامنا وحجتنا - الی ان قال فقلت له اذا سمعت ذلك منه أولیس حلال لی دمه مباح کما ابیح دم السباب لرسول الله صلی الله علیه وآله والامام قال علیه السلام نعم حل والله حل دمه واباحه لك ولمن سمع ذلك منه الی ان قال فقلت ارأیت اذا انالم اخف ان اعم بذلك بریئا ثم لم افعل ولم اقتله ماعلی من الوزر فقال علیه السلام یکون علیك وزره اضعافا مضاعفة

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حدیث ٢

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حدیث ٣-٤

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد القذف - حدیث ١-٢-٦

من غير ان ينقص من وزره شيء الى غير ذلك من النصوص .

مضافا الى ما دل على حلية دم الناصب كخبر (١) داود بن فرقد قلت لابي عبدالله عليه السلام ما تقول في قتل الناصب فقال حلال الدم ولكن اتقى عليك فان قدرت ان تقلب عليه حائط او تغرقه في ماء لكيلا يشهد به عليك احد فافعل .

وتمام الكلام ببيان امور -١- قال في المسالك وفي الحاق باقي الانبياء عليهم السلام بذلك قوة لان كمالهم و تعظيمهم علم من دين الاسلام ضرورة فسبهم ارتداد ظاهر - ولكن في صدق الارتداد في جميع الموارد اشكالا - ثم ان المرتد لا يجوز قتله مطلقا - فالصحيح ان يستدل له بالنبوي (٢) الخاصي من سب نبيا قتل ومن سب صاحب نبي جلد المنجبر بالفتوى - ولا يعارضه ما عن المبسوط روى عن علي عليه السلام انه قال اوتي برجل يذكر ان داود صادف المرئة الا جلدته مائة وستين الحديث كما لا يخفى .

-٢- الظاهر الحاق فاطمة عليها السلام بهم عليهم السلام لا للاجماع على طهارتها باية التطهير (٣) كما في الرياض وغيره بل لما علم بالضرورة انها في الاحترام كاولادها - وعن التحرير الحاق ام النبي صلى الله عليه وآله وسلم وبنته به من غير تخصيص بفاطمة عليها السلام مراعاة لقدره - وهو يتم ان كان بحيث يصدق سب النبي صلى الله عليه وآله وسلم وشتمه والنيل منه والا ففي اطلاقه منع .

-٣- المشهور بين الاصحاب عدم توقف قتل الساب على اذن الامام عليه السلام وعن الغنية الاجماع عليه لاطلاق النصوص وخصوص النبوي الاول واما ما تضمن (٤) قول الصادق (ع) لعبدالله بن النجاشي الذي قتل ثلاثة عشر رجلا من المتبرئين من امير المؤمنين (ع) لو كنت قتلتهم بامر الامام لم يكن عليك شيء ولكنك سبقت الامام فعليك ثلاثة عشر شاة تذبحها بمنى وتتصدق بلحمها لسبقك الامام وليس عليك غير ذلك ، فمضافا الى ضعف

---

(١) الوسائل باب ٢٧ من ابواب حد القذف حديث ٥

(٢) الوسائل باب ٢٥ من ابواب حد القذف حديث ٢

(٣) الاحزاب آية ٣٣

(٤) رواه العلامة المامقاني في رجاله ج٢ ص ٢٢٠ عند ذكر عبدالله

سنده انه لا يدل على عدم الجواز بدون اذن الامام بل ظاهره الجواز غاية الامر يدل على لزوم ذبح الشاة وحيث لا قائل بوجوبه فيطرح او يحمل على الندب .

٤ـ يعتبر في وجوب القتل الامن من الضرر ـ لعموم ما دل(١) على نفي الضرر وفيما اذا كان الخوف على نفسه بان يقتل جملة من النصوص المتقدمة وبضميمة عدم القول بالفصل يتم المطلوب . ثم ان مقتضى النصوص عدم الجواز بل مقتضى حديث لاضرر ايضا ذلك بناء على ما هو الحق من انه ينفي كل حكم ضرري منه جواز قتل الساب .

الثانية **(وكذا يقتل مدعي النبوة)** بعد نبينا صلى الله عليه وآله وسلم بلا خلاف ـ ويشهد به جملة من الاخبار كموثق(٢) ابن ابي يعفور قلت لابي عبدالله (ع) ان بزيعا يزعم انه نبي فقال ان سمعته يقول ذلك فاقتله ـ وخبر(٣) يحيى بن ابي القاسم عن ابي جعفر(ع) في حديث قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم ايها الناس انه لا نبي بعدي ولا سنة بعد سنتي فمن ادعى ذلك فدعواه وبدعته في النار فاقتلوه ـ وموثق(٤) ابن فضال عن الرضا (ع) فمن ادعى نبينا واتى بعده بكتاب فدمه مباح لكل من سمع منه ونحوها غيرها .

(و) كذا يقتل **(من قال لا ادري صدق محمد صلى الله عليه وكذبه مع تظاهره او لا بالاسلام)** لانه يرتد بذلك ويجوز قتل المرتد الفطري ـ وكذا الملي على بعض الوجوه ومع ذلك يشهد به ـ خبر(٥) الحارث بن المغيرة قلت لابي عبدالله (ع) لو ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال والله ما ادري أنبي انت ام لا كان يقبل منه قال (ع) لا ولكن كان يقتله انه لو قبل ذلك ما اسلم منافق ابدا .

الثالثة **(والساحر اذا كان مسلما)** يقتل **(ويعزر الكافر)** منه بلا خلاف اجده فيه كذا في الجواهر وقد مر الكلام فيه مفصلا في المكاسب المحرمة في مبحث السحر في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح.

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار كتاب التجاره

(٢ـ٣ـ٤) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المرتد حديث ٢ـ٣ـ٤

(٥) الوسائل باب ٥ من ابواب حد المرتد حديث ٤

بيان حدمن تناول المسكر

(الفصل العاشر فى حد المسكر) وقد مر الكلام فى حرمة شرب المسكر وعرفت انه يدل عليها الكتاب والسنة والاجماع بل هى من ضروريات الدين ـ ولااشكال ولا كلام فى ثبوت الحد بتناوله والنصوص المستفيضة شاهدة به وستمر عليك طائفة منها ـ وانما الكلام فى جهات ـ ونخبة القول فى المقام بالنظر فى هذا الفصل فى امور ثلاثة .

الاول فى بيان الموجب المحد وما يعتبر فيه فعلا وفاعلا قال قده **(من تناول مسكرا ـ اوفقاعا ـ اوعصيرا قدغلاقبل ذهاب ثلثيه اختيارا مع العلم بالتحريم والتكليف الخ)** فهيهنافروع

ـ١ـ ان شرب المسكر مطلقا ولوقطرة منه موجب للحد بلاخلاف ولااشكال والنصوص المستفيضة شاهدة به كصحيح(١) الكنانى عن ابى عبدالله (ع) كل مسكر من الاشربة يجب فيه كما يجب فى الخمر من الحد ـ وصحيح (٢) عمر بن يزيد عنه عليه السلام فى كتاب على(ع) يضرب شارب الخمر وشارب المسكر قلت كم؟ قال حدهما واحد ـ وصحيح(٣) عبدالله بن سنان عنه (ع) الحد فى الخمر ان يشرب منها قليلا او كثيرا ونحوها غيرها ـ ولايعارضها صحيح (٤) الكنانى عن الصادق (ع) فى حديث قلت ارأيت ان اخذ شارب النبيذ ولم يسكر أ يجلد قال (ع) لا ـ ونحوه صحيح (٥) الحلبى فان ظاهرهما ارادة النبيذ الحلال الذى لايكون كثيره مسكرا ـ كماهوواضح ويؤيده قوله (ع) فى ذيل الثانى وكل مسكر حرام .

ثم انه هل يثبت الحد بتناول المسكر بغير الشرب كما لوجعله ممزوجا بالاغذية واكل الغذاء الظاهر تسالمهم على الثبوت وان الموضوع هو التناول لاالشرب خاصة ـ وفى

(١ـ٢) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المسكر حديث ١ـ٢

(٣ـ٤ـ٥) الوسائل باب ٤ من ابواب حد المسكر حديث ٣ـ٤ـ٥

المسالك ويخرج من ذلك استعماله بالاحتقان والسعوط حيث لايدخل الحلق لانه لم يعد تناولا فلايحد به- وعن القواعد لو تسعط به حد وعلله بعضهم بانه يصل الى باطنه عن حلقه - وهو كماترى.

وهل يثبت الحد بالشرب من ماء كثير قطرت فيه قطرة من المسكر صرح بذلك جماعة ام لا - اقول لااشكال و لا كلام فى حرمة الشرب من ذلك الماء و النصوص المستفيضة شاهدة به كمامر فى كتاب الاطعمة والاشربة الاان ثبوت الحد فى الاخبار رتب على شرب المسكر وفى المفروض حيث يستهلك المسكر فى الماء فلايصدق انه شرب المسكر ولو قليلا منه فلاوجه لثبوت الحد - الاان يثبت اجماع عليه ولم يثبت.

٢ - شرب الفقاع ولو قطرة منه يوجب الحد بلاخلاف وتكرر فى كلماتهم دعوى الاجماع عليه -لصحيح (١) ابن بزيع عن ابى الحسن عليه السلام عن الفقاع فقال هو خمر وفيه حد شارب الخمر و نحوه غيره - ومقتضى اطلاق التنزيل ثبوت الحد فى تناوله بغير الشرب ايضا.

٣ - العصير العنبى اذاغلا ولم يذهب ثلثاه يحرم شربه كمامر فى محله ويوجب الحد لاتفاقهم على انه بمنزلة الخمر فى الاحكام و الظاهر ان العصير العنبى اذاغلا ولم يذهب ثلثاه يسرع اليه الاسكار - وكيف كان فالحكم مسلم ويمكن ان يستفاد التنزيل المزبور من النصوص (٢) الواردة فى تحريمه.

٤ - يعتبر فى ثبوت الحد ان يكون الشارب مكلفا فلو شرب الصبى او المجنون الخمر لايحد لمادل (٣) على رفع القلم عنهما - وللنصوص الدالة (٤) على انه لاحد على مجنون ولا على صبى المتقدمة فى حد الزنا.

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد المسكر حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب الاشربة المحرمة

(٣) الوسائل باب ٣ من ابواب القصاص فى النفس

(٤) الوسائل باب ٩ و ٢١ من ابواب حد الزنا

٥ - يعتبر في ثبوته ان يكون الشرب اختياريا فلوا كره عليه لم يحد بلاخلاف بل عليه الاجماع كمامر في حد الزنا - وما ورد (١) على نفي التقية في شرب الخمر تقدم الكلام فيه في كتاب الاطعمة والاشربة وعرفت ان المراد به عدم التقية في بيان حكمها لاعدم التقية في شربها - ويعتبر في الحد عدم جهل الشارب بالحرمة - او كونه مسكرا مع العلم بها كما في حد الزنا وقدمر تفصيل القول في ذلك في حد الزنا .

الحد و كيفيته

الثاني في بيان الحد - فاعلم ان من تناول المسكر او الفقاع - او العصير العنبي - **(حد ثمانين جلدة)** اجماعا - و النصوص المتواترة المتقدم بعضها تدل عليه و ظاهر النصوص اعتبار الثمانين مترتبة وما (٢) تضمن من ضرب الامير عليه السلام ابن عمر - والوليد بن عقبة بسوط له شعبتان اربعين جلدة محمول على جواز ذلك لمصلحة .

ثم انه يضرب الشارب ومن في معناه **(عاريا)** مستور العورة عن الناظر المحترم **(على ظهره و كتفيه ويتقي وجهه وفرجه)** و مقاتله بلاخلاف الا ماحكى عن المبسوط من انه لايجرد عن ثيابه - ويشهد له صحيح(٣) ابي بصير في حديث سألته عن السكران والزاني قال يجلدان بالسياط مجردين بين الكتفين فاما الحد في القذف فيجلد على ثيابه ضربا بين الضربين - واستدل الشيخ لما اختاره بان النبي صلى الله عليه وآله وسلم امر بالضرب ولم يامر بالتجريد - وهو كما ترى - وفي الجواهر وينبغي ان يفرق على ساير بدنه ليذوق العقوبة ماسرى فيه المشروب كما روى عن علي عليه السلام من قوله للجلاد اعط كل عضو حقه .

---

(١) الوسائل باب ٢٢ من ابواب الاشربة المحرمة

(٢) الوسائل باب ٣و٥ من ابواب حد المسكر

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب حد المسكر حديث ١

و لا خلاف بينهم في انه يضرب **(بعدالافاقة)** لتحصل فائدة الحد التي هي الانزجار عنه ثانيا- ثم انماذكرناه من انه يضرب عاريا انماهوفي الرجل.

واما في المرئة فالظاهر انها تحد مربوطة عليها ثيابها لما مرفي حد الزنا

ثم انه يحد الشارب كما مر **(حراكان او عبداً او كافرا امتظاهرا)** اما العبد فلايهمنا البحث عنه- و اما الكافر فالظاهر عدم الخلاف في انه ان تظاهر بالشرب يحد كحد المسلم وان استتر فلاحد عليه -- ويشهد به نصوص كصحيح (١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام ان يجلد اليهودي والنصراني في الخمر والنبيذالمسكر ثمانين جلدة اذاظهر واشربه في مصر من امصارالمسلمين و كذلك المجوس و لم يعرض لهم اذا شربوها في منازلهم و كنائسهم حتى يصير بين المسلمين.

(ولو تكرر الحد ثلاثا قتل في الرابعة) وفاقا للمشهور شهرة عظيمة بل عن الغنية الاجماع عليه كذا في الجواهر و هو مروى مستفيضا ان لم يكن متواترا لاحظ صحيح (٢) سليمان بن خالدعن ابي عبدالله عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد الثالثة فاقتلوه ونحوه غيره.

وعن الصدوق في المقنع والشيخ في الخلاف والمبسوط والمصنف ره في القواعد وولده في الايضاح والشهيد في اللمعة انه يقتل في الرابعة- لان الزنا اعظم منه ذنباً وفاعله يقتل فيها كما مضى فهنا اولي- ولما روى (٣) مرسلا انه يقتل في الرابعة- ولكن الاولوية انما تتم لولم يكن الدليل وهو هنا موجود- والمرسل لم يظهر كونه عن الامام- لان جميلا يقول روى (٤) عن بعض اصحابنا - والظاهر منه غير الامام- وفي الفقيه وان كان (٥) وروى انه يقتل في الرابعة الا انه يحتمل ان يكون نظره

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب حد المسكر حديث ٣

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١١ من ابواب حد المسكر حديث ١-٩-٧

(٥) ج٤ ص ٤٠

الى ماذكره جميل-اضف اليه انه لايصلح للمقاومة مع النصوص الكثيرة وفيها الصحاح المفتى بها بين الاصحاب.

ولوشرب مرارا ولم يحد بعد كل شرب كفى عن الجميع حد واحد بلاخلاف كمامر فى حدالزنا.

حكم من شرب الخمر مستحلا

الثالث فى بيان الاحكام وفيه مسائل الاولى (**ولوشرب الخمر مستحلا فهو مرتد**) كماعن الحلى والتقى والمحقق فى الشرايع والمصنف هنا وفى المسالك نسبته الى المتاخرين فيفرق بين الملى منه والفطرى والذكر والانثى -لان حرمة شربها من الضرورى الذى حكمه ذلك- الا انه لابد وان يقيد بما اذا لم يحتمل الشبهة فى حقه لم اقدمناه فى الجزء الاول من هذا الشرح من ان منكر الضرورى لشبهة لم يثبت كونه كافرا فراجع.

وعن الشيخين واتباعهما-انه يستتاب فان تاب اقيم عليه الحد ثمانون جلدة خاصة والاقتل من غير فرق فى الاستتابة بين الملى والفطرى لامكان عروض شبهة فى الشرب فاستحله والحدود تدرأ بالشبهات- ولمارواه المفيد فى ارشاده قال (١) روت الخاصة والعامة ان قدامة بن مظعون شرب الخمر فاراد عمر ان يجلده فقال لايجب على الحد ان الله تعالى يقول ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا و آمنوا فدرأ عنه عمر الحد فبلغ ذلك امير المؤمنين عليه السلام فمشى الى عمر فقال ليس قدامة من اهل هذه الاية ولامن سلك سبيله فى ارتكاب ماحرم الله سبحانه ان الذين آمنوا وعملوا الصالحات لايستحلون حراماً فاردد قدامة فاستتبه مما قال فان تاب اقم عليه الحد وان لم يتب فاقتله فقد خرج عن الملة.

و لكن الخبر لا ينافى القول الاول لاحتمال كون قدامة ارتداده عن ملة لاعن

---

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب حد المسكر حديث ١

فطرة فيتوجه ح القتل بعد الاستتابة -وما افاده لايتم فى صورة الشبهة فانه فى تلك الصورة تكون الوظيفة رفع الشبهة عنه بحيث يصيرما انكره ضروريا له فان استحل ايضاً كان ح مرتدايستتاب ان كان مليا ويقتل ان كان فطريا- فماذكره الشيخان وتابعوهما لايتم فى صورة العلم ولافى صورة الشبهة -وبما ذكرناه ظهران الحق انه ان لم يحتمل الشبهة فهو مرتد- والافالمتعين رفع الشبهة ثم اجراء حكم المرتدان استحله بعد رفعها.

(ويحد مستحل غيرها) من ساير المسكرات لعدم كون حرمة شربها من الضروريات لتحليل بعض المسلمين اياها و يكون ذلك كافياً فى انتفاء الكفر باستحلالها.

الثانية **(ولو باع الخمر مستحلا)** بيعها **(استتيب)** مطلقافطريا كان ام مليا اذ ليس تحريمه معلوماً ضرورة وقد يقع فيه الشبهة من حيث انه يسوغ تناوله على بعض وجوه الضرورات **(فان تاب)** قبل منه **(والا قتل)** وفى المسالك والرياض و كانه موضع و فاق و ما وقفت على نص يقتضيه - اقول الظاهر ان نظر الاصحاب الى انه حيث يكون حرمة بيعها مجمعا عليها فان باعها مستحلا - فان كان ذلك مع العلم بالحرمة فهو مرتد يلحقه حكم غيره من المرتدين والا عرف فان تاب والا قتل كما هو الحال فى من انكر ماهو مجمع عليه بين المسلمين وانما اطلقوافان تاب الخ من جهة ان عروض الشبهة فيه اظهر من عروضها فى الشرب فتدبر.

(و يعزر بائع غيره) ولايقتل وان لم يتب لعدم الاجماع من المسلمين على حرمته فلا يقتل وانما يؤدب لفعله المحرم فتامل.

لو تاب الشارب قبل ان يحد

الثالثة **(و لو تاب)** الشارب عنه **(قبل قيام البينة سقط الحد ولا يسقط بعدها)** بلا خلاف فى الاول وعلى المشهور فى الثانى و يشهد لـه فى الاول- المرسل (١)

---

(١) الوسائل باب١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

كالصحيح عن احدهما (ع) فى رجل سرق او شرب الخمر اوزنا فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب و صلح فقال عليه السلام اذاصلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد الحديث- وعلى عدم السقوط فى الثانى الاصل مع عدم ظهور المسقط بالكلية- وعن الحلبى ان للامام العفو عنه كما اختاره فى الزنا- وقدمر ما فيه فى الزنا- مع ان مراده لو كان هو امام الاصل فليس وظيفتنا بيان حكمه.

(ولو اقر ثم تاب تخير الامام) فى الاقامة للحد عليه اوالعفو عنه على الاشهر على ماصرح بهغير واحد- واستدلوا له بانها مسقطة لتحتم اقوى العقوبتين وهو الرجم اوالجلد مائة واقوى الذنبين و هو الزنا فاضعفهما وهو الجلد ثمانين اولى- اقول والاولى الاستدلال له بعموم التعليل فى بعض النصوص كخبر (١) تحف العقول عن ابى الحسن الثالث عليه السلام فى حديث طويل قال واما الرجل الذى اعترف باللواط فانه لم يقم عليه البينة وانما تطوع بالاقرار من نفسه واذا كان للامام الذى من الله ان يعاقب عن الله كان له ان يمن عن الله الحديث- وان كان ما ذكر من الاولوية ايضا لاباس بها- فما عن الخلاف والمبسوط والسرائر وفى الشرايع والمسالك من منع التخيير وتحتم الاستيفاء لثبوته بالاقرار فيستصحب غير تام.

الرابعة **(و يثبت)** هذا الفعل **(بشهادة عدلين)** ذكرين لعموم مادل على (٢) حجيتها ومثبتيتها للحقوق- وانما اعتبرنا الذكورة لما دل على (٣) انه لاتقبل شهادة النساء فى الحدود- ويشهد لثبوته بها- الخبر (٤) المروى عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال فى حق قدامة لما شهد عليه واحد بشربها والاخر بقيئها- ماقائها حتى شربها

(او بالاقرار مرتين من اهله) بلاخلاف فيه و فى عدم الثبوت بالاقرار مرة

---

(١) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢) الوسائل باب ٥ و ٧ وغيرهما من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٣) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات

(٤) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد المسكر حديث ١

بل على الثاني الاجماع عن ظاهر المبسوط وهو الحجة فيه وفي تقييد اطلاق ما دل على مثبتية الاقرار.

الخامسة **(ولو شرب المسكر جاهلا به او بالتحريم سقط الحد)** كما مر عند بيان شرائط الثبوت وايضا قدمر ان **(من استحل ما اجمع على تحريمه كالميتة قتل ولو تناوله محرما عزر)**

السادسة **(ولا دية لمقتول الحد او التعزير)** كما هو المشهود بين الاصحاب وعن الشيخ في الاستبصار ان ذلك في حدود الله - و اما في الحد للناس فتجب على بيت المال - وعنه في المبسوط التفصيل بين من قتله الحد او التعزير فاختار عدم الدية في الاول وثبوتها في بيت المال في الثاني وعن خلافه القطع بان التعزير كالحد.

والمستند طائفتان من الاخبار - احداهما ما يدل على عدم الدية كصحيح (١) الكناني عن الصادق عليه السلام عن رجل قتله القصاص له دية فقال عليه السلام لو كان كك لم يقتص من احد وقال من قتله الحد فلا دية له - ونحوه خبر ازيد (٢) الشحام ومعلى بن عثمان وصحيح (٣) الحلبي - والحد فيها اما يشمل التعزير أو يكون التعزير ملحقا به لعدم القول بالفصل كذا قيل - ومقتضاها عدم ثبوت الدية مطلقا - ثانيتهما خبر (٤) الحسن بن صالح الثوري عن الصادق عليه السلام من ضربناه حدا من حدود الله تعالى فمات فلا دية له علينا ومن ضربناه حدا من حدود الناس فمات فان ديته علينا - ولكن الثانية ضعيفة السند لحسن بن صالح - وما عن الايضاح انه متواتر عنهم لم نتحققه - والراوي عنه وان كان ابن محبوب الا انه لم يثبت كونه من اصحاب الاجماع فتامل - مع انه يمكن ان يكون ذلك مختصا بهم فالمتبع هو النصوص الاولة.

ثم انه ينبغي تقييد ذلك بما اذا لم يصل الخطاء لو كان من غير المعصوم بالتجاوز والا اتجه الضمان:

(ولو) اقام الحاكم الحد بالقتل اوغيره بما يوجب الدية ثم **(بان فسق**

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ٢٤ من ابواب القصاص في النفس حديث ١-٦-٩- ٣

الشهود فالدية في بيت المال) كغيره مما يخطأفيه الحاكم ولا يضمنها الحاكم ولاعاقلته بلا خلاف- ويشهد به خبر(١) الاصبغ بن نباتة قضى امير المؤمنين عليه السلام انما اخطات القضاة في دم او قطع فهو على بيت مال المسلمين والمسألة محررة في كتاب القضاء بالتفصيل .

حد السرقة

(الفصل الحادى عشرفي حد السرقة) والكلام فيه في مقامات- الاول في بيان السارق الذى يجب قطعه - فاعلم انه **(يشترط في قطع السارق التكليف)** بالبلوغ والعقل والاختيار.

اما البلوغ فقد اتفقت كلماتهم على اعتباره في الجملة - والمشهور بين الاصحاب انه لو سرق الصبى لم يحد وان كان يؤدب بما يراه الحاكم ولو تكررت سرقته الخامسة فما فوق - وعن الشيخ في النهاية والقاضي والمصنف في المختلف انه يعفى عنه اولا فان عاد ادب فان عاد حكت انامله حتى تدمى فان عاد قطعت انامله فان عاد قطع كما يقطع الرجل ونسبه المصنف الى الاكثر وان كان صاحب الجواهر ره لم يتحققه وعن يحيى بن سعيد انه يعفى عنه اولا فان عاد عزر وان عاد قطع اطراف اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك - وعن الصدوق في المقنع يعفى عنه مرة فان عاد قطعت انامله اوحكت حتى تدمى فان عاد قطعت اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك .

اما النصوص فهي مختلفة - منها ما يدل على العفو عنه مرتين فان عاد قطع بنانه فان عاد قطع اسفل من ذلك - كصحيح(٢) محمد بن مسلم عن احدهما (ع) عن الصبى يسرق قال عليه السلام اذا سرق مرة وهو صغير عفى عنه فان عاد عفى عنه فان عاد قطع بنانه فان عاد قطع اسفل بنانه فان عاد قطع اسفل من ذلك .

ومنها ما يقرب من ذلك كصحيح (٣) ابن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام عن الصبى

---

(١) الوسائل باب ١٠ من ابواب اداب القاضي حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ٢٨ - من ابواب حد السرقة حديث ٤ - ١

يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرة أومرتين ويعزر في الثالثة فان عادقطعت اطراف اصابعه فان عادقطع اسفل من ذلك .

ومنهامايدل على ماذهب اليه ابن سعيد - لاحظ حسن(١) الحلبي عن الصادق عليه السلام اذاسرق الصبى عفى عنه فان عادعزر فان عادقطع اطراف الاصابع فان عاد قطع اسفل من ذلك وقداتى على عليه السلام بغلام يشك فى احتلامه فقطع اطراف الاصابع .

ومنها مايدل على ما ذهب اليه الصدوق كصحيح (٢) ابن سنان عنه عليه السلام فى الصبى يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرة فان عاد قطعت انامله اوحكت حتى تدمى فان عادقطعت اصابعه فان عاد قطع اسفل من ذلك ،

ومنها مايدل على العفو فى الاول و التاديب بالحك حتى تدمى فى الثانية وقطع اطراف انامله من المفصل الاول فى الثالثة وقطع اطرافها من المفصل الثانى فى الرابعة وقطعهامن اصولها في الخامسة -قيل كخبر(٣) اسحاق بن عمار عن ابى الحسن عليه السلام عن الصبى يسرق قال عليه السلام يعفى عنه مرتين فان عاد الثالثة قطعت انامله فان عاد قطع المفصل الثانى فان عاد قطع المفصل الثالث و تركت راحته و ابهامه - و عن الغنية نسبته الى رواية الاصحاب - ولكنه كماترى حيث ان الخبر يدل على العفو مرتين .

ومنهامايدل على انه يقطع من لحم اطراف اصابعه فى المرة الاولى ويقطع اليد فى الثانية كخبر(٤) سماعة قال ابوعبدالله عليه السلام اتى امير المؤمنين عليه السلام بغلام قدسرق ولم يبلغ الحلم فقطع من لحم اطراف اصابعه ثم قال ان عدت قطعت يدك .

ومنهامايدل على قطع اطراف الاصابع مطلقا كخبر (٥)البصرى عنه عليه السلام اذاسرق الصبى ولم يحتلم قطعت اطراف اصابعه وقال عليه السلام لم يصنعه الارسول الله وانا

ومنهامايدل على التاديب بالضرب كخبر(٦) السكونى .

ومنهايدل على العفوان لم يعلم بان فى السرقة عقوبة كخبر(٧) عبدالله القسرى

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧)الوسائل باب ٢٨ من ابواب حد السرقة حديث٢-٣-٧-١٥-١٤-٩-٦-١١

ومنها مايدل على العفوان سرق قبل سبع سنين وان عاد بعدها قطعت بنانه اوحكت حتى تدمى فان عاد قطع من اسفل بنانه فان عاد بعد ذلك وقد بلغ تسع سنين قطع يده ـ كصحيح(١) محمد بن مسلم .

والذى يقتضيه الجمع بين النصوص هو البناء على العفو عن القطع او الحك مرتين وان كان يعزر بالضرب وفى الثالثة يؤدب بالحك اى حك اطراف اصابعه حتى تدمى او يقطع من اطراف لحم اصابعه وفى الرابعة يقطع بنانه وبعد الرابعة يعزر بما يراه الحاكم ولو بالقطع كما يقطع البالغ ـ ولا ينافيه اشتراط التعزير بعدم بلوغه الحد ـ لجواز تخصيص دليله بهذه النصوص ـ مع ان الحد للبالغ فى المرتبة الاولى ذلك لافى المرتبة الخامسة ـ فهو غير بالغ الحد ـ ولكن بما ان المشهور اعرضوا عن هذه النصوص فالاوفق بالاحتياط الذى فى المقام يجب رعايته العفو عنه مرة بل مرتين ثم التاديب الذى منتهاه الادماء بالحك اوقطع اللحم من الانامل شيئا فشيئا بمنقاش وشبهه ـ ولا يصل الى قطع الانملة فضلا عن القطع كما يقطع البالغ ـ واما العقل فيشهد لاعتباره حديث(٢) رفع القلم ـ ومادل (٣) على انه لاحد على المجنون المتقدم فى حد الزنا ـ وهل يعزر حسما لمادة الفساد ونظما لامور العباد ـ ام لا لعدم الدليل عليه وعدم كون ماذكر صالحا للاستناد اليه فى الحكم وجهان ـ وعلى اى حال ماذكر فى الصبى لايجرى فى المجنون بعد حرمة القياس وعدم الدليل على التعدى ـ واما الاختيار فيشهد لاعتباره ماقدمناه من الاخبار(٤) **(و)** ممايعتبر فى السارق **(انتفاء الشبهة)** لما مر من (٥) ان الحدود تدرأ بالشبهات والقطع منها .

---

(١) الوسائل باب ٢٨ من ابواب حد السرقة حديث ١٢

(٢) الوسائل باب ٤ من ابواب مقدمة العبادات حديث ١٠ ـ وباب ٣٦ من القصاص فى النفس .

(٣) الوسائل باب ٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١ ـ ٢

(٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد الزنا حديث ١ ـ ٢

(٥) الوسائل باب ٢٤ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

يعتبر كون المال محرزا

(و) المشهور بين الاصحاب انه يعتبر فيه (**هتك الحرز وهو المستور بقفل او غلق او دفن**) فلو لم يكن المال محروزا لم يقطع بلا خلاف بل عليه الاجماع في الغنية كذا في الرياض ـ و في الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه و يشهد به طوائف من النصوص ـ منها خبر (١) السكوني عن امير المؤمنين عليه السلام لا يقطع الامن نقب بيتا او كسر قفلا و نحوه مرسل (٣) جميل عن احدهما عليهما السلام ـ وخبر (٢) طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن امير المومنين (ع) ليس على السارق قطع حتى يخرج بالسرقة من البيت ومنها النصوص الواردة في الاجير والضيف والسرقة من المواضع المتناوبة كالحمامات ومن الجيب والكم الظاهرين وماشا كل الاتية فلا اشكال في اعتبار كون المال محرزا وحيث لا تحديد شرعا للحرز فيتعين الرجوع فيه الى العرف .

وعن الشيخ في النهاية هو كل موضع ليس لغير مالكه الدخول عليه الا باذنه ـ وعن المبسوط والبيان والغنية و كنز العرفان نسبته الى اصحابنا وعن الاخير دعوى الاجماع عليه صريحا ـ ولكنه ينتقض بالسرقة من الدار التي لا تكون مغلقة فانه لا خلاف بينهم في عدم القطع بالسرقة منها كما عن الحلي مع ان التعريف المذكور صادق عليه ـ ولذلك حكى عن ابن حمزة اضافة و كان مغلقا او مقفلا الى ماذكر وتوجيه المصنف ده اياه بارادة انه ليس لغير المالك الدخول فيه تكوينا لا عدم الجواز الشرعي كما ترى ـ اضف الى ذلك انه لا دليل على هذا الضابط .

وما افاده سيد الرياض من ان في النصوص ايماء اليه ، ففي خبر (٤) السكوني عن امير المؤمنين عليه السلام كل مدخل يدخل فيه بغير اذن فسرق منه السارق فلا قطع فيه ـ وفي الصحيح الاتي (٥) المتضمن عدم قطع الرجل بسرقة مال ابيه و اخته و اخيه تعليله

(١-٣) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد السرقة حديث ٣-٥

(٢) الوسائل باب ٨ من ابواب حد السرقة حديث ٤

(٤-٥) الوسائل باب ١٨ من ابواب حد السرقة حديث ٢-١

بعدم حجبه عن الدخول الى منزلهم فمفهومه القطع مع عدم الاذن ـ و قريب منهما النصوص المتضمنة (١) لعدم قطع الضيف والاجير معللة بالاستيمان وليس الامن حيث الاذن في الدخول ـ فيه ـ انه ليس لشيء من تلك النصوص مفهوم كي تدل على القطع في غير تلك الموارد ـ وعن الخلاف كل موضع حرز لشيء من الاشياء فهو حرز لجميع الاشياء ـ وعن الحلي والمصنف ره في التحرير اختياره ـ ولكنه ايضا مخالف للعرف الاترى ان حرز الذهب عرفا غير حرز الدابة ـ فالحق ماذكرناه من ايكال ذلك الى العرف

ولو هتك الحرز شخص واخرج المال غيره لم يقطع احدهما وان جاءا معا بقصد التعاون بلاخلاف اجده بل الاجماع بقسميه عليه كذا في الجواهر ـ والوجه فيه عدم صدق السرقة على الاول وعدم الاخذ من الحرز على الثاني نعم لو تعاونا على النقب مثلا وانفرد احدهما بالاخراج او تعاونا في الاخراج وانفرد احدهما بالنقب ـ ثبت القطع على المخرج في الاول والناقب في الثاني اصدق السارق والاخذ من الحرز .

ثم ان الاصحاب ذكروا انه يعتبر امور اخر في السارق غير مامر ـ منها ـ ان ياخذ سرا فلو هتك الحرز قهرا ظاهرا واخذ لم يقطع لكونه غاصبا عرفا لاسارقاً ـ والنصوص المتضمنة لعدم قطع المختلس علانيه تشهد به لاحظ ـ موثق (٢) ابى بصير عن احدهما (ع) عن امير المؤمنين عليه السلام لاقطع في الدغارة المعلنة وهي الخلسة ولكن اعزره وصحيح (٣) محمد بن قيس عن الباقر (ع) قضى امير المومنين (ع) في رجل اختلس ثوبا من السوق فقالوا قد سرق هذا الرجل فقال (ع) اني لااقطع في الدغارة المعلنة ولكن اقطع من ياخذ ثم يخفي ـ وخبر (٤) سماعة من سرق خلسة خلسها لم يقطع ولكن يضرب ضربا شديدا الى غير تلكم من النصوص و كذا المستامن لو خان باخذه لعدم كونه سارقا اذ المال في يده ـ ونصوص (٥) الاجير شاهدة به .

---

(١) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة

(٢-٣-٤) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة ـ حديث ١-٢-٥

(٥) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة

(و) منها **(اخراج)** المال بنفسه اوبمشاركمن الحرز والظاهر تسالم الاصحاب على اعتباره - ويشهد بهخبر (١) اسحاق بن عمارعن جعفرعن ابيه عن على عليه السلام لاقطع على السارق حتى يخرج بالسرقة من البيت ونحوه غيره - ويتحقق الاخراج بالمباشرة و بالتسبيب مثل ان يشده بحبل ثم يحد به من خارج او يضعه على دابة من الحرز ويخرجها بان ساقها وسارت لنفسها.

ومنها ان لايكون والدمن ولده ولاخلاف فيه بل عليه الاجماع كما صرح به جماعة - بل فى معقد اجماع المسالك الاب وان على - وهو الحجة فيه مضافا الى فحوى ما دل (٢) على عدم قتله به - ومادل (٣) على انت ومالك لابيك - والحق ابوالصلاح بالاب الام ونفى عنه فى محكى المختلف البأس لانها احد الابوين ولاشتراكهما فى وجوب الاعظام - وفيه تامل.

المسروق ومايعتبر فيه

الثانى فى المسروق - لا خلاف ولا اشكال فى انه يعتبر **(النصاب)** لتوافق النص **(و)** الفتوى عليه - انما الكلام فى حده - فالمشهور بين الاصحاب **(هوما قيمته ربع دينار ذهبا خالصا مضروبا عليه بسكة المعاملة)** بل عن الخلاف والاستبصار والغنية والسرائر و كنز العرفان الاجماع عليه - وعن الصدوق انه خمس دينار فما فوق - وعن العمانى اعتباربلوغ قيمته دينارا - و قيل هو ما بلغ درهمين ومنشأ الاختلاف اختلاف النصوص فانها على طوائف.

الاولى ما يدل على المشهور - كصحيح (٤) محمدبن مسلم قلت لابى عبدالله

---

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب حد السرقة حديث ٣

(٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ٧٨ من ابواب مايكتسب به كتاب التجارة

(٤) الوسائل باب ٢ من ابواب حد السرقة حديث ١

عليه السلام في كم يقطع السارق قال عليه السلام في ربع دينار قال قلت له في درهمين قال في ربع دينار بلغ الدينار مابلغ قال قلت له ارأيت من سرق اقل من ربع دينار هل يقع عليه حين سرق اسم السارق وهل هو عندالله سارق فقال عليه السلام كل من سرق من مسلم شيئاً قد حواه واحرزه فهو يقع عليه اسم السارق وهو عندالله سارق ولكن لايقطع الا في ربع دينار أو اكثر. وصحيح (١) عبدالله بن سنان عنه عليه السلام لايقطع يد السارق الا في شيء تبلغ قيمته مجنا وهو ربع دينار ونحوهما غيرهما

الثانية ما يدل على ماذهب اليه الصدوق كصحيح (٢) محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام ادنى ما يقطع فيه يد السارق خمس دينار ونحوه اخبار (٣) اخر

الثالثة مايدل على القول الاخير ـ كخبر (٤) اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام في رجل يسرق من بستان عذقا قيمته درهمان قال عليه السلام يقطع به .

الرابعة ما يدل على مااختاره العماني . كصحيح (٥) الثمالي عن الباقر عليه السلام في كم يقطع السارق فجمع كفيه ثم قال في عددها من الدراهم .

الخامسة مايدل على اعتبار ثلث دينار ـ وفي المقنع (٦) سئل امير المؤمنين عليه السلام عن ادنى مايقطع فيه السارق فقال عليه السلام ثلث دينار .

ولا يمكن الجمع بينها كما لايخفى فيتعين الرجوع الى المرجحات وهي تقتضي تقديم الاولة ـ

ثم انه لافرق بين ان يكون المسروق ثوبا اوطعاما اوفاكهة امغيرها ـ ولابين ماكان اصله الاباحة لجميع المسلمين اوالناس اولم يكن . وضابطه كلما يملكه المسلم ـ لاطلاق الادلة نعم قدوردت جملة من النصوص (٧) في الطير وتدل على انه

(١-٢-٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ٢ من ابواب حد السرقة حديث ٢ - ٣ - ٧ - ١٢ - ١٣ - ١٤ - ٩ - ١٨

(٧) الوسائل باب ٢٢ من ابواب حدالسرقة

لايقطع سارقه كما ان جملة اخرى (١) منها وردت في حجارة الرخام وسرقة النخل والزرع قبل ان يصرم متضمنة لعدم قطع سارقها - ولكنها باجمعها متروكة عندنا فتطرح اوتحمل على عدم الاخذ من الحرز.

واما الثمرة على شجرها فالمشهور بين الاصحاب على ما في المسالك انه لايقطع سارقها لوسرق قبل احرازها والمستند جملة من النصوص - كقوى (٢) السكوني عن الصادق قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لاقطع في ثمر ولا كثر والكثر شحم النخل - وقويه (٣) الاخر عنه عليه السلام قضى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فيمن سرق الثمار في كمه فما اكلوا منه فلاشيء عليه وما حمل فيعزر ويغرم قيمته مرتين - وخبر (٤) الاصبغ عن الامير عليه السلام لايقطع من سرق شيئا من الفاكهة واذا مر بها فليأكل ولايفسد ونحوها غيرها - واطلاقها وان شمل صورة السرقة بعد الصرم و الاحراز الا انه يقيد بما قبلهما للاجماع - ولخبر (٥) الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام اذا اخذ الرجل من النخل والزرع قبل ان يصرم فليس عليه قطع فاذا صرم النخل وحصد الزرع فاخذ قطع بل قيل ويمكن دعوى تبادر كون الثمرة على الشجرة من اطلاق الاخبار فيختص به ولاحاجة الى التقييد

ثم ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون الشجرة في موضع محرز كالدار - وبين كونها غير محروزة - وقيده المصنف ره وولده والشهيد الثاني وصاحب الجواهر بالثاني - واستدلوا له تارة بان النصوص ضعيفة - ولا شهرة محققة جابرة على وجه يخص بها اطلاق مادل على القطع بسرقة المحروز - واخرى بانه مقتضى الجمع بين هذه النصوص و مادل على القطع مطلقا - كخبر اسحاق المتقدم المتضمن لقطع من سرق من بستان عذقا قيمته درهمان - ولكن ضعف سند النصوص منجبر بالعمل والاستناد - والخبر ضعيف ومشتمل على ما هو مخالف للمشهور شهرة عظيمة - مع انه لاشاهد للجمع المذكور - فالمتجه هو البناء على الاطلاق. اللهم الا ان يقال باختصاص

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٣ من ابواب حد السرقة حديث ٠-٣-٢-٥-٤

الاخبار بصورة عدم الاحراز كما هو الغالب فتامل - ثم انه قد مر اعتبار كون المال محروزاً وان يخرجه السارق (**بنفسه سرا**) .

الحد و كيفيته

الثالث في بيان الحد و كيفيته (**و**) اعلم انه (**مع**) اجتماع (**الشرائط تقطع اصابعه الاربع من يده اليمنى**) ويترك له الراحة والابهام (**فان عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم و يترك له العقب فان عاد**) وسرق (**ثالثا - خلد في السجن فان سرق فيه قتل**) بلا خلاف في شيء من ذلك الا في موضع القطع من الرجل وسيمر عليك والمستند نصوص مستفيضة وحق القول في المقام يقتضي البحث في موارد.

-١- انه مع اجتماع الشرائط تقطع اصابعه الاربع من يده اليمنى - امالزوم كون المقطوع اليد اليمنى فيشهد به نصوص - كصحيح(١) محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه‌السلام قضى امير المؤمنين عليه‌السلام في السارق اذا سرق قطعت يمينه و اذا سرق مرة اخرى قطعت رجله اليسرى ثم اذا سرق مرة اخرى سجنه وتركت رجله اليمنى يمشي عليها الى الغائط ويده اليسرى يا كل بها ويستنجي بها الحديث وصحيح (٢) زرارة عنه عليه‌السلام في رجل سرق فقطعت يده اليمنى ثم سرق فقطعت رجله اليسرى ثم سرق الثالثة فقال كان امير المؤمنين عليه‌السلام يخلده في السجن الحديث ونحوهما غيرهما .

واما لزوم كون القطع من اصول الاصابع وانه يترك الراحة والابهام -فيشهد به خبر(٣) هلال عن الصادق عليه‌السلام في حديث قلت له من اين تقطع اليد قال عليه‌السلام تقطع الاربع اصابع ويترك الابهام يعتمد عليها في الصلاة ويغسل بها وجهه الحديث وخبر(٤) ابي بصير عن الصادق عليه‌السلام القطع من وسط الكف ولا يقطع الابهام واذا قطعت الرجل ترك العقب لم يقطع - و موثق (٥) اسحاق عن ابي ابراهيم عليه‌السلام تقطع

(١-٢-٣) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ١-١٢-٨

(٤-٥) الوسائل باب ٤ من ابواب حد السرقة-حديث ٢-٤

يد السارق ويترك ابهامه وصدرراحته - وخبر(١) ابراهيم بن عبد الحميد عن عامة اصحابه يرفعه الى امير المؤمنين عليه السلام انه كان اذاقطع السارق ترك الابهام والراحة وخبر(٢) معاوية بن عمارقال ابوعبدالله عليه السلام يقطع من السارق اربع اصابع ويترك الابهام وتقطع الرجل من المفصل ويترك العقب يطأعليه الى غيرذلك من النصوص الكثيرة .

ثم انه ان كان له اصبع زائدة متميزة عن الاربع قالوا اثبتت - ومقتضى اطلاق اكثر الاخبار تعين قطعها لانها تدل على انه يقطع الاصابع من اصولها الا الابهام - وخبر معاوية لامفهوم له كي يدل على عدم قطع مازاد عن الاربع و لكن الظاهر تسالمهم على عدم القطع ولعله من جهة حمل اطلاق النصوص على الغالب - وان لم يكن متميزة فعلى القول بحرمة قطع الزايدة الاظهر هو كونه بالخيار - فان المستفاد من النصوص هو لزوم قطع الاربع اصابع من اليد غير الابهام فيتخير الحاكم .

ولو كانت له اصبع زايدة متصلة باحدى الاربع ولم يمكن قطع الاربع الابها فعن القواعد قطع ثلاث - ولايبعد القول بالجواز من جهة تزاحم وجوب قطع الاربع مع حرمة قطع الزايدة على القول بها وحيث لامرجح فيتخير .

٢ - ولوسرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بلاخلاف والنصوص المتقدمة جملة منها شاهدة به - انما الكلام في موضع القطع فعن المصنف في كتبه عدا التلخيص والمقنعة والنهاية و النافع ومجمع البيان والمراسم وغيرها انها تقطع من مفصل القدم ويترك له العقب اى من اصل الساق حتى لايبقى من عظم القدم الاعظم العقب ومابينه وبين عظم الساق - وعن الصدوق في المقنع انمايقطع من وسط القدم - ولعله اليه يرجع ماعن الخلاف والمبسوط والتلخيص انه يقطع من عند معقد الشراك من عند الناتى على ظهر القدم - كما ان الظاهر رجوع ماعن الكافي والغنية والاصباح انه من عند معقد الشراك ويترك له مؤخر القدم والعقب فان الظاهر ان موضع عقد الشراك هو الوسط في العرض

(١-٢) الوسائل باب ٤ من ابواب حد السرقة حديث ٦-٧

اى يقع عقد الشراكين فيه - وعن ابى حمزة والجامع انه يقطع من الكعب الذى فسره فى كتاب الطهارة بقية القدم - و الظاهر رجوع ذلك ايضا الى ماافاده الصدوق

اقول اما النصوص - فمنها ماظاهره القطع من المفصل كخبر معاوية المتقدم ونحوه غيره - ومنها مايدل على القطع من وسط القدم كخبر(١) سماعة قال قال اذا اخذ السارق قطعت يده من وسط الكف فان عاد قطعت رجله من وسط القدم - ومنها ماتضمن القطع من الكعب - كصحيح (٢) زرارة عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث السرقة و كان اذا قطع اليد قطعها دون المفصل فاذا قطع الرجل قطعها من الكعب وخبر هلال المتقدم (٣) وانما يقطع الرجل من الكعب ونحوهما غيرهما - وهناك نصوص مطلقة دالة على انه يقطع الرجل ويترك العقب - و الظاهر رجوع الجميع الى معنى واحد الاما تضمن القطع من وسط القدم - اما رجوع الاخيرة الى الاولى فلان الظاهر من قطع الرجل وترك العقب عدم ابقاء شيء من عظام القدم الاعظم العقب وما بينه وبين عظم الساق.

واما رجوع ماتضمن القطع من الكعب فلمامر فى كتاب الطهارة من ان الكعب هو العظم المائل الى الاستدارة الواقع فى ملتقى الساق والقدم الناتى فى وسط القدم العرضى نتواغير محسوس اعلاه فى حفرتى الساق له زائدتان فى اعلاه يدخلان حفرتى قصبة الساق وزائدتان فى اسفله يدخلان فى حفرتى العقب وهوالذى يكون فى رجل البقر والغنم ربما يلعب به الناس كما ذكره جمع من الفقهاء واللغويين قال المصنف ره فى محكى المنتهى بعد تفسيره بالعظم الناتى الواقع فى مجمع الساق والقدم انه المفصل دون عظم الساق و نسب من فهم غيره الى عدم التحصيل.

و اما ماتضمن القطع من وسط القدم فالمراد من الوسط ليس خصوص الوسط

(١-٢) الوسائل باب ٤ - من ابواب حد السرقة حديث ٣-٥

(٣) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ٨

الحقيقى بل ما بين المبدأ والمنتهى وهو يجتمع مع القطع من المفصل وابقاء عظم العقب فالمتحصل مما ذكرناه ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على لقطع من المفصل دون الساق وترك العقب.

٣ ـ ان سرق ثالثا خلد فى السجن وانفق عليه من بيت المال ان لم يكن له مال بلا خلاف فى ذلك ولا اشكال فتوى ونصا ـ وقد تقدمت جملة من النصوص الدالة عليه وفى صحيح (١) الحلبى عن الصادق عليه السلام فى حديث فى السرقة تقطع اليد والرجل ثم لا يقطع بعد ولكن ان عاد حبس وانفق عليه من بيت مال المسلمين ـ وفى صحيح (٢) محمد بن قيس المتقدم عن الباقر عليه السلام عن على عليه السلام انى لاستحى من الله ان اتركه لا ينتفع بشىء ولكن اسجنه حتى يموت فى السجن ـ وفى خبر (٣) زرارة عنه عليه السلام قال سألته ان هو سرق بعد قطع اليد والرجل قال استودعه السجن ابدا واغنى عن الناس شره ـ الى غير ذلك من النصوص ـ ومقتضى اطلاق جملة منها وان كان هو الانفاق عليه من بيت المال وان كان له مال ولكن الظاهر تسالمهم على تقييده بان لا يكون له مال ويشعر به خبر زرارة ـ مع ان بيت المال لمصالح المسلمين والفقراء والانفاق عليه مع وجود المال له وعدم صدق الفقير عليه غير مشمول لادلته.

٤ ـ ولو سرق بعد ذلك فيه قتل بلا خلاف ـ وقدمر خبر (٤) سماعة وفى ذيله فان سرق من السجن قتل ـ وفى مرسل المقنع (٥) روى انه ان سرق فى السجن قتل ونحوهما غيرهما ـ المؤيدة بما دل (٦) على قتل اصحاب الكبائر فى الرابعة.

حكم مالو تكررت السرقة

فروع الاول **(ولو تكررت السرقة من غير)** تخلل الـ **(حد)** بينها **(كفى حد واحد)** سواء اتحد المسروق منه او اختلف بلا خلاف ـ ويشهد به مضافا الى ان ذلك مقتضى قاعدة

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ٦-١-٢-٤-١١

(٦) الوسائل باب ٢٠ من ابواب حد الزنا حديث ١

تداخل المسببات -حسن(١) بكير بن اعين اوصحيحه عن ابى جعفر عليه السلام فى رجل سرق فلم يقدر عليه ثم سرق مرة اخرى ولم يقدر عليه و سرق مرة اخرى فاخذ - فجائت البينة فشهدوا عليه بالسرقة الاولى و السرقة الاخيرة فقال عليه السلام تقطع يده بالسرقة الاولى ولاتقطع رجله بالسرقة الاخيرة فقيل له و كيف ذلك قال عليه السلام لان الشهود شهدوا جميعا فى مقام واحد بالسرقة الاولى والاخيرة قبل ان يقطع بالسرقة الاولى ولو ان الشهود شهدوا عليه بالسرقة الاولى ثم امسكوا حتى يقطع ثم شهدوا عليه بالسرقة الاخيرة قطعت رجله اليسرى - وهو يدل على ان القطع انما يكون بالاولى لابالثانية ولابهما معا - وعليه فلو عفى عنه صاحب الحق الاول لايقطع .

ومافى المسالك من انه لوعفى احدهما قطع بالاخرى لان كل واحد سبب تام فى استحقاق القطع بعد فرض ثبوتهما دفعة واحدة - تام على القاعدة - ولكنه اجتهاد فى مقابل النص الخاص - ومن النص يستفاد انه لوقامت الحجة بالسرقة ثم امسكت حتى قطع بها ثم شهدت هى أوغيرها عليه بسرقة اخرى تقطع يده بالاولى ورجله بالثانية كما عن الصدوق والشيخ وجماعة وعن الخلاف الاجماع عليه .

وعن الشيخ فى المبسوط والحلى والمصنف فى المختلف والتحرير انه لايقطع رجله وتوقف فيه جماعة وجعله فى الشرايع اولى -واستدلوا له بالاصل- والشبهة - وضعف الخبر - و اختصاص دليل قطع الرجل بالسرقة بعد قطع اليد اليمنى - ولكن الخبر حسن كالصحيح ولاشك فى اعتباره ومعه لايصغى الى شىء مماذكر .

الثانى - اذا كانت اليد اليمنى شلاء - او كانت اليسرى كك - او كانتا جميعا هكذا يقطع اليمين بلاخلاف وعليه الاجماع فى جملة من الكتب - ويشهد به مضافا الى اطلاق الادلة - صحيح(٢) ابن سنان عن ابى عبدالله عليه السلام فى رجل اشل اليد اليمنى اواشل الشمال سرق قال عليه السلام تقطع يده اليمنى على كل حال - وصحيح (٣) الفاضلين عن

---

(١) الوسائل باب ٩ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١١ من ابواب حد السرقة حديث ١-٤

الصادقين (ع) ان الاشل اذا سرق قطعت يمينه على كل حال شلاء كانت او صحيحة- واما مرسل(١) المفضل بن صالح عن بعض اصحابه قال ابو عبدالله عليه السلام اذا سرق الرجل ويده اليسرى شلاء لم تقطع يمينه ولا رجله الحديث وان عمل به الاسكافى لكنه ضعيف لم يعمل به الاصحاب فلا يصلح للمقاومة مع ما مر .

ثم ان جماعة من الاساطين قيد واذلك بما اذا لم يخف معه على تلف النفس باخبار اهل العلم من الطب بانها متى قطعت ابقيت افواه العروق مفتتحة احتياطا لبقاء النفس اذ ليس المقصود بالقطع هنا اتلافها فيختص الاخبار بالشلل المامون مع قطعه على النفس ولا باس به .

الثالث ان لم يكن له يسار فهل تقطع اليمين كما عن المشهور للعمومات وخصوص عموم صحيح ابن سنان المتقدم - ام لا تقطع بل يخلد فى السجن كما عن الاسكافى - لصحيح(٢) عبدالرحمان بن الحجاج عن الصادق عليه السلام فى حديث فى السرقة - قلت له لو ان رجلا قطعت يده اليسرى فى قصاص فسرق ما يصنع به فقال عليه السلام لا يقطع ولا يترك بغير ساق الحديث - ام لا تقطع وتقطع رجله اليسرى ولو لم يكن له رجل يسرى لم يكن عليه اكثر من الحبس كما عن الشيخ فى النهاية للصحيح ولان المعهود من حكمة الشارع ابقاء احدى يديه وقد جعل الشارع قطع الرجل اليسرى للمرتبة اللاحقة لقطع اليد اليمنى فينتقل اليها - ومع عدمها فالى الثالثة - وجوه .

اقواها الاول لان الصحيح لم يعمل به الاصحاب والحكمة المذكورة ليست علة منصوصة يدور الحكم مدارها - مع ان غاية ما يستفاد من الوجهين عدم قطع اليد اليمنى لا قطع الرجل اليسرى او التخليد فى السجن و ما ذكر فى وجهه استحسان محض فالمتعين على تقدير عدم القطع هو البناء على ثبوت التعزير الذى هو الاصل فى ارتكاب كل محرم لم يرد فيه نص بالخصوص.

ولكن الانصاف ان الحكمة المذكورة علة منصوصة فى الاخبار لاحظ قول على

(١-٢) الوسائل باب ١١ من ابواب حد السرقة حديث ٢-٣

عليه السلام في صحيح (١) ابن قيس المتقدم وتركت رجله اليمنى يمشي عليها الى الغائط ويده اليسرى يأكل بها ويستنجي بها- وقوله عليه السلام في خبر (٢) زرارة اني لاستحيي من ربي ان ادعه ليس له مايستنجي به اويتطهر به ونحوهما غيرهما- فالبناء على عدم القطع متعين كمايشهد به الصحيح.

واما قطع رجله اليسرى -او التخليد في السجن فليس له دليل شرعي- فالاظهر ثبوت التعزير عليه والله العالم- وبما ذكرناه يظهر حكم من لم يكن له يمين فانه لااشكال في عدم قطع اليد اليسرى- بل ينتقل الحد الى التعزير-.

لايقطع الاجير اذا سرق

الرابع في بيان احكام غير مامر -وفيه مسائل- الاولى **(و لو سرق الطفل اوالمجنون عزرا)** كماتقدم الثانية **(ولايقطع العبد بسرقة مال سيده)**

الثالثة **(و)** لا **(يقطع الاجير)** الا اذا احرز المال دونه على الاشهر بل عليه عامة من تاخر كما في الرياض بل هو المشهور بين الاصحاب كما في المسالك - للعمومات الدالة على ان المال المحروز اذا سرق يقطع السارق- وعن الشيخ في النهاية لاقطع عليه وان كان المال محروزاً من دونه- لصحيح (٣) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام انه قال في رجل استاجر اجير اواقعده على متاعه فسرقه قال عليه السلام هو مؤتمن وصحيح (٤) سليمان بن خالد عنه عليه السلام عن الرجل يستاجر اجيراً فيسرق من بيته هل يقطع يده قال عليه السلام هذا مؤتمن وليس بسارق وهذا خائن -ونحوهما موثق (٥) سماعة - وقوي (٦) السكوني- ومرسل (٧) ابن ابي عمير الذي هو كالصحيح ولكن مافيها من التعليل كالصريح في الاختصاص بصورة عدم الاحراز- وعليه فالاظهر ماهو المشهور بينهم .

(١-٢) الوسائل باب ٥ من ابواب حد السرقة حديث ١-٢

(٣-٤-٥-٦-٧) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة حديث ١-٣-٤-٢-٥

(و) كذا لايقطع **(الـزوج)** اذا سرق من مال زوجته **(و) لا (الزوجة)** اذا سرقت من مال زوجه اذا لم يكن المال محرزا من دونهما واما مع الاحراز فيقطعان بلاخلاف للعمومات - نعم لابأس بسرقة الزوجة من مال الزوج بمقدار النفقة اذا منعها منها كما تقدم فى التقاص فى آخر باب القضاء.

(و) كذا **(الضيف)** يقطع مع الاحراز عنه ولايقطع مع عدمه على المشهور بين الاصحاب لما مر - ونسب الى الشيخ فى النهاية والاسكافى والصدوق والحلى انه لايقطع مطلقا - لصحيح(١) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام الضيف اذا سرق لم يقطع واذا اضاف الضيف ضيفا فسرق قطع يد ضيف الضيف ونحوه غيره - ولكن بعد الاغماض عن ماقيل من عدم القول بذلك غير الشيخ فى النهاية ان مرسل (٢) ابن ابى عمير الذى هو كالصحيح عن ابى عبدالله عليه السلام لايقطع الاجير والضيف اذا سرقا لانهما مؤتمنان ونحوه موثق(٣) سماعة من جهة مافيهما من العلة التى هى تخصص وتعمم يوجبان تخصيص الحكم بصورة عدم الاحراز كما مر فى الاجير. وفى المسالك و ينبه عليه الحكم بقطع ضيف الضيف لان المالك لم يأتمنه. فتحصل مما ذكرناه انه يقطع الزوج والزوجة والاجير والضيف ومن شاكل **(مع الاحراز دونهم)**.

الرابعة **(و يستعاد المال من السارق)** مع بقائه - و مثله او قيمته مع تلفه - من غير فرق بين القطع وعدمه. كما هو المتفق عليه بين اصحابنا لعموم مادل على وجوب رد المال الى صاحبه والضمان مع تلفه - و لخصوص النصوص الكثيرة الـدالة عليه كصحيح(٤) سليمان بن خالد قال ابو عبدالله عليه السلام اذا سرق السارق قطعت يده وغرم مااخذ ونحوه غيره.

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢-٣) الوسائل باب ١٤ من ابواب حد السرقة حديث ٥-٤

(٤) الوسائل باب ١٠ من ابواب حد السرقة حديث ١

حكم السارق من المواضع المتناوبة

الخامسة (**ولا يقطع السارق من المواضع المتناوبة كالحمامات والمساجد**) والارحية بلاخلاف فيه مع عدم مراعاة المالك - واختلفوا فيه مع مراعاة المالك فعن المفيد وابن حمزة والديلمي والمصنف في جملة من كتبه انه لايقطع - و عن الشيخ في المبسوط ومن تبعه انه يقطع ويصير المال بذلك محرزا - وترددفيه في الشرايع واستدل لتحقق الحرز بذلك بالنصوص المتضمنة لقضية صفوان المحكية بطرق عديدة منها - حسن (١) الحلبي عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل ياخذ اللص يرفعه أو يتركه فقال ان صفوان بن امية كان مضطجعا في المسجد الحرام فوضع ردائه وخرج يهريق الماء فوجد ردائه قدسرق حين رجع اليه فقال من ذهب بردائي فذهب يطلبه فاخذ صاحبه فرفعه الى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقطعوا يده فقال الرجل يقطع يده من اجل ردائي يارسول الله قال نعم قال فاني اهبه له فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فهلا كان هذا قبل ان ترفعه الى قلت فالامام بمنزلته اذا رفع اليه قال نعم .

ولكن هذا الحديث لو دل على شيء لدل على ماذهب اليه ابن ابي عقيل من قطع السارق في اي موضع سرق من بيت اوسوق اومسجد اوغير ذلك وحيث لمخالفته للنصوص الاخر وفتوى الاصحاب يطرح وذلك لانه صريح في غيبة صفوان لامراعاته بالنظر - فان قيل انه قضية في واقعة ولعله كان غيبته بنحو لاتنافي النظر - قلنا فعليه يسقط الاستدلال به رأساً من جهة احتمال انه من الممكن انه كان قد احرز ردائه بشيء في المسجد من جعله في صندوق مقفل وماشا كل - اضف اليه ان المروى عن الصدوق ان صفوان كان نائما في المسجد فسرق ردائه ولعله كان قدافترشه ونام عليه وحصول الحرز بذلك غير حصوله بالنظر الذى قد فسر المراعاة في كلماتهم به - اضف الى ذلك ان جعل المراعاة بمعنى النظر حرزا فيه محذور آخر وهو انه ان سرق السارق مع نظر

---

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢

المالك اليه كان ذلك فاقد الشرط من شروط القطع وهو الاخذ سرا بل هو يكون مستلبا غاصباً وهو لا يقطع وان كان مع الغفلة عنه لم يكن محرزا.

قال في المسالك وبعض العلماء فسر الحرز بما على سارقه خطر لكونه ملحوظا غير مضيع اما بلحاظ دائم او بلحاظ معتادة وعلى هذا يتوجه الحكم في الرواية يقطع سارق الرداء لان سارقه في المسجد على خطر من ان يطلع عليه الخ- اقول لا ينبغي التوقف في بطلان ذلك فان هذا يعد مختلسا عرفا لا سارقا و قد دلت النصوص (١) على ان المختلس لا يقطع -فالمتحصل مما ذكرناه انه لا يقطع السارق من المواضع المتناوبة مع النظر وبدونه.

(و) كذا **(لا)** يقطع السارق **(من الجيب والكم الظاهرين ولو كانا باطنين قطع)** على المشهور بين الاصحاب وعن كشف اللثام انهم قاطعون بالتفصيل المزبور وعن الشيخ وابن زهرة الاجماع عليه- ويشهد به قوى (٢) السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام قال اتي امير المؤمنين عليه السلام بطرار قد طر دراهم من كم رجل قال عليه السلام ان كان طر من قميصه الاعلا لم اقطعه وان كان طر من قميصه الداخل (النافل)قطعته - ونحوه خبر(٣) مسمع ابي سيار المنجبران على فرض الضعف بالشهرة مع ان الاول معتبر سنداً .

و بهما يقيد اطلاق مادل على انه لا يقطع الطرار كالموثق (٤) عن ابي عبدالله ليس على الذي يستلب قطع وليس على الذي يطر الدراهم من ثوب قطع - و نحوه صحيح (٥) عيسى بن صبيح- كما ان بهما يقيد اطلاق مادل على القطع كصحيح(٦) منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام يقطع النباش والطرار ولا يقطع المختلس- فتحمل الاولى على الطر من الثوب الظاهر- والثانية على الطر من الثوب الداخل.

ثم ان الظاهر من الخبرين المفصلين انه لا يقطع لو كانت السرقة من الثوب

---

(١) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة

(٢ -٣-٤-٥-٦) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ٢- ١ - ٣ ٤-

الاعلا سواء كان باب في ظاهره أو باطنه وسواء كان الشد على تقديره من داخله اومن خارجه كما صرح به في المسالك والرياض بل عن المختلف انه المشهور بين الاصحاب (وما) في الجواهر من انه قد يقال ان معنى الخبرين ان طر الاعلى من قميصه فلاقطع وان طر الاسفل من قميصه قطع على جعل من الاعلى ومن الاسفل مفعولين لطر وربما يؤيد ذلك العرف انتهى (مندفع) بكونه خلاف الظاهر فان الظاهر كون الاعلا والداخل وصفان للقميص والاعتبار ايضاً موافق لذلك ـ فان الطر عبارة عن الشق والقطع ـ وفي ذلك لايفرق بين كون باب الكم ظاهراً اوباطنا.

ثم انه من الضروري عدم خصوصية للطر فلو ادخل الطرار يده في جيب انسان واخذ ما فيه جرى التفصيل المتقدم فيه كماهو واضح.

حكم سارق الكفن

السادسة **(و يقطع سارق الكفن)** من القبر اجماعاً ـ كماصرح به غير واحد لان القبر حرز له ـ ولجملة من النصوص كصحيح منصور المتقدم ـ وصحيح (١) حفص ابن البختري عن الصادق عليه السلام حد النباش حد السارق ـ وخبر (٢) عبدالله بن محمد الجعفي في حديث قال كتب ابوجعفر عليه السلام ان حرمة الميت كحرمة الحي تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب الحديث ـ ومرسل (٣) الصدوق ان امير المؤمنين عليه السلام قطع نباش القبر فقيل له أيقطع في الموتى فقال عليه السلام انا لنقطع لاموات‌نا كما نقطع لاحيائنا ـ وخبر (٤) العزرمي عن الصادق عليه السلام ان علياً عليه السلام قطع نباشاً ـ وصحيح (٥) عيسى بن صبيح عنه عليه السلام يقطع الطرار والنباش ـ الى غير ذلك من النصوص الكثيرة.

وبازائها طوائف من الاخبار منها مايدل على عدم القطع مطلقا كصحيح (٦) عيسى بن

(١ـ٢ـ٣ ـ٤ ـ٥) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد السرقة حديث ١ ـ٢ ـ٨ ـ ٩ ـ ١٠ ـ ١٤

(٦) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ٤

صبيح عن ابى عبدالله عليه السلام عن الطرار والنباش والمختلس قال عليه السلام لايقطع ونحوه خبر(١) الفضيل - ومنها مايدل على التفصيل بين مالو كان نبش مراراً فالقطع وبين مافعل ذلك مرة فلاقطع كخبر (٢) على بن سعيد عنه عليه السلام عن النباش قال عليه السلام اذا لم يكن النبش له بعادة لم يقطع ويعزر ونحوه غيره - ومنها ماتضمن انه يقتل - كمرسل (٣) ابى يحيى الواسطى عنه عليه السلام اتى امير المؤمنين (ع) بنباش فاخر عذابه الى يوم الجمعة فلما كان يوم الجمعة القاه تحت اقدام الناس فمازالوا يتوطئونه بارجلهم حتى مات ومثله خبران (٤) آخران .

ولكن الاخيرة متضمنة لقضايا في وقايع ومن الممكن انهم كانوا تكرر منهم ذلك واقيم عليهم الحد وكان ذلك منهم في المرة الرابعة اوالثالثة.

واما الاولى فالظاهر كونها اعم من النصوص المتقدمة الدالة على القطع فانها بواسطة مافيها من القرائن مختصة بصورة النبش وسرقة الكفن كما يشير اليه قوله عليه السلام في خبر الجعفى تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب - وفى مرسل الصدوق لنقطع لامواتنا كما نقطع لاحيائنا ومن المعلوم ان القطع للاحياء انما يكون فى صورة السرقة - وعليه فيقيد اطلاقها بها.

و اما الثانية - فقد عمل بها الصدوق والمحقق فى النكت ولكن الاصحاب لم يعملوا بها - و يمكن ان يقال ان النسبة بينها وبين النصوص الاولة عموم من وجه لاعميتها من حيث الشمول للنبش مرة واحدة - واعمية هذه من حيث الشمول لما اذا لم يسرق الكفن و انما يحدح لافساده - فتتعارضان فتقدم تلك النصوص و تحمل هذه على مالو نبش ولم يأخذ ولعله الى ذلك نظر الشهيد الثانى حيث قال فى المسالك ويمكن حمل هذه الاخبار مع قطع النظر عن سندها على مالو نبش ولم ياخذ جمعا بين الادلة - فالاظهر هوالقطع مع اخذ الكفن والتعزير بدونه.

ثم انه وقع الخلاف بينهم فى اعتبار بلوغ قيمة الكفن النصاب فعن المفيد وسلار

(١-٢-٣-٤) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد السرقة حديث ١٣-١٧ - ٣-٨

وابنى حمزة وزهرة بل نسب الى الاكثر اعتباره ـ وعن الشيخ والحلى فى آخر كلامه والمصنف فى القواعد عدم الاشتراط فيقطع مطلقا ـ وعن الحلى فى اول كلامه اشتراط ذلك فى المرة الاولى دون الثانية والثالثة ـ وجه الاول اطلاق مادل عليه بعد كونه من السارقين من الحرز فيشترط فيه ح مايشترط فى ساير الموارد ـ ووجه الثانى اطلاق نصوص المقام ووجه الثالث انه انما يعتبر فى المرة الاولى لاطلاق ادلة الاعتبار ولا يعتبر فى الثانية والثالثة لانه مفسد.

والحق ان يقال اولا ان نصوص المقام بانفسها ظاهرة فى الاعتبار للتشبيه بالسرقة من الاحياء فى جملة منها وظاهر التشبيه يقتضى المساواة فى الشرائط ولقوله فى بعضها حد النباش حد السارق فيشترط فيه مايشترط فى السارق ـ وثانيا انها ليست فى مقام البيان من جميع الجهات وانما هى فى مقام البيان من ناحية ان القبر حرز فيجرى فى اخذ الكفن مايجرى فى سرقة الاموال المحرزة الاخر ـ وثالثا انه تكون نصوص اعتبار بلوغ النصاب حاكمة على هذه النصوص فالاظهر اعتبار بلوغه .

نعم ما افاده الحلى فى اول كلامه له وجه فان جملة من النصوص المفصلة بين النبش مرة وبين ماصار ذلك عادة له تدل بعد الجمع على القطع مع كون النبش عادة ولو لم ياخذ الكفن كما مر فليس القطع ح للسرقة كى يعتبر فيه بلوغ النصاب بل للافساد ـ فما فى الجواهر من انه غير ظاهر الوجه والمستند كما ترى ـ ولكن حيث لم يفت بذلك احد حتى الحلى نفسه قد رجع عنه فى آخر كلامه فيصير ذلك منشأ للشبهة وهى تدرأ الحد ـ فالاظهر هو الاشتراط مطلقا.

(و) قد ظهر مما قدمناه انه **(لو نبش ولم ياخذ عزر فان تكرر)** منه النبش المجرد **(وفات السلطان)** اى هرب النباش منه فلم يقدر عليه **(جاز قتله)** كما هو المشهور بين الاصحاب بل لاخلاف فيه الا عن الشيخ فى كتابى الحديث فلم يفرع القتل على الفوات من السلطان بل على اقامة الحد عليه ثلاث مرات ولم اقف لهم على مستند سوى ما تقدم من النصوص المتضمنة لامر الوصى عليه السلام الناس بوطء النباش حتى مات وقد مر انها من قبيل القضية فى الواقعة فلا اطلاق لها والمتيقن منها ما افاده الشيخ ره.

ثم ان ظاهر العبارة عدم وجوب القتل وهو المنسوب الى الاكثر وعن الشيخ وجوبه والحق وجوبه مع تخلل الحد ثلاثا كساير الحدود وعدم جوازه بدون ذلك .

لو اشترك اثنان فى السرقة

السابعة - لو سرق اثنان فان كان المسروق بالغا نصابين فلا كلام فى انه يقطع يد كل منهما - واما ان بلغ نصابا واحدا اوزائدا مع عدم بلوغ نصيب كل منهما نصابا فان اخرج كل منهما اقل من نصاب على حدة فلا خلاف فى عدم القطع كما فى الجواهر ولا اشكال فيه .

انما الكلام فيما لو اخرجاه معا بوضع ايديهما عليه بعد ان هتكا الحرز - فعن الشيخ فى النهاية والمفيد والمرتضى وجميع اتباع الشيخ وجوب القطع بل عن الانتصار والغنية الاجماع عليه - وعن الشيخ فى الخلاف والمبسوط والاسكافى والحلى وعامة متاخرى الاصحاب عدم القطع وعن الخلاف عليه الاجماع .

واستدل للاول بمرسل الشيخ روى اصحابنا انها اذا بلغت السرقة نصابا واخرجوها باجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا - وباطلاق نصوص سرقة النصاب لصدقها على مجموعهما - فيدور الامر بين عدم قطعهما - وقطعهما - وقطع احدهما دون الاخر - والاول يستلزم منه سقوط الحد مع تحقق موضوعه وهو غير صحيح - والثالث مستلزم للترجيح بلا مرجح فيتعين الثانى - وبصحيح (١) محمد بن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام فى نفر نحروا بعيرا فاكلوه فامتحنوا ايهم نحر فشهدوا على انفسهم انهم نحروه جميعا لم يخصوا احدا دون احد فقضى عليه السلام ان تقطع ايمانهم وبالاجماع -

---

(١) الوسائل باب ٣٤ من ابواب حد السرقة حديث ١

ولكن المرسل لم نقف عليه ولا ذكره اصحاب الحديث في كتبهم ولا اشار اليه احد من الاصحاب كي يقال ان ضعفه منجبر بالعمل بل استدل القائلون بذلك بالوجوه الاخر - واطلاق النصوص لايشمل المجموع لظهورها بحكم التبادر بصورة انفراده به - وان شئت قلت انهما وان سرقا شيئا واحدا ولكنهما سارقان لاسارق واحد ولذا كل منهما فعل محرما و يستحق العقوبة المستقلة و النصوص تدل على ان السارق الواحد لمايبلغ النصاب يقطع فلاتشمل المفروض -واما الصحيح فهومتضمن لقضية شخصية ولعله كان في مورده يبلغ حصة كل منهم النصاب - واما الاجماع فمضافا الى عدم ثبوت كونه تعبديا - يعارضه دعوى الاجماع على خلافه كمامر - وعلى هذا فماذهب اليه المتاخرون اظهر سيما وان المقام يكفي فيه الشبهة الدارئة .

حكم مالوهتك الحرز شخص واخرج المال الاخر

الثامنة - لوهتك الحرز شخص كما لو فتح الباب أو كسر القفل أونقب نقبا ودخل آخر و اخرج المال - فالظاهر ان لايكون القطع عليهما - اما على الهاتك فلعدم الاخراج واما على المخرج فلعدم كون المال الذى اخرجه محرزا - فان قيل ان المعتبرهواخراج المال الذى احرزه المالك وفي الفرض المخرج يخرج ذلك المال ولم يشترط فيه كون المخرج هاتكا بنفسه فالظاهر ثبوت القطع على المخرج قلنا ان السرقة من المحرز موجبة للقطع وفي الفرض السارق سرق المال من المنهتك لامن المحرز - فان قيل انه يلزم من ذلك الذريعة الى اسقاط الحد - قلنا لايضر ذلك كمايحتال لاسقاط الحكم بغيره من الحيل - وعلى ذلك ففي المورد يجب على الاول ضمان ماافسده من جدار اوغيره والتعزير وعلى الثاني ضمان المال والتعزير .

ولوهتك الحرز جماعة - واخرج المال بعضهم كان القطع على المخرج خاصة بلا كلام كمامر - لانفراده بالموجب وهواخراج المال من الحرز بعد هتكه - و كذا لوقربه احدهم من النقب مثلا واخرجه الاخر - ولو اخرجه احدهم من الحرز الى خارج النقب واخذه الاخر كان القطع على الداخل المخرج .

ولووضعه الداخل في وسط النقب واخرجه الخارج - ففيه اقوال -١- انه يثبت القطع عليهما نسب ذلك الى المصنف ره في القواعد و كاشف اللثام - ٢- وجوب القطع على الداخل -٣- وجوب القطع على المخرج اخيرا وهومختار الحلى -٤- هو الذى نقله المحقق عن المبسوط وتبعه القاضي وهوانتفائه عنهما (وجه) الاول انه تم الاخراج بتعاونهما فهما كمالو اخرجاه دفعة (وجه) الثاني ان الداخل اخرجه من الحرز فعليه القطع والخارج انما اخذ المال المخرج من حرزه فلاقطع عليه (وجه) الثالث ان الخارج اخرج المال من الحرز الذى هتكه فعليه القطع (وجه) الرابع ان كل واحد منهما لم يخرجه عن كمال حرزه فان الاول اخرجه الى نصفه مثلا و الثاني اكمل اخراجه فهو كما لو وضعه الاول في ذلك الموضع فاخذه غيره ممن لم يشارك في النقب.

والحق ان يقال ان الظاهر بحسب المتفاهم العرفي صدق كون المال في حرزه الذى هتكوه بعد وضع المال في النقب وعليه فيتعين القطع على من هو خارج عن الدار واخذه من النقب - وبه يظهر اندفاع مافي المسالك بان الاخراج وان تحقق بفعل الخارج الا انه لكونه تمام السبب لاالسبب التام - فانه يرد عليه اولا النقض بمالو اخرجه احدهما من حرزه الى نصف المسافة كوسط الدار مثلا و اخرجه الاخر منه اذلا شك ولاخلاف في ان القطع على المخرج مع ان فعله جزء السبب لاتمام السبب - وثانيا بالحل هو ان الموضوع هو الاخراج من الحرز وما فعله الداخل من المقدمات المعدة لفعل المخرج ففعله السبب التام لاتمام السبب.

بيان ما يثبت به السرقة

الخامس فيما يثبت به الموجب للقطع - لاخلاف (و) لا اشكال في انه **(يثبت بشهادة عدلين)** لاطلاق مادل عليها وخصوص ما سيمر عليك **(او الاقرار مرتين من اهله)** - والمشهور بين الاصحاب انه لايقطع بالاقرار مرة واحدة بل عن الخلاف الاجماع عليه - والنصوص الواردة فيه طوائف.

الاولى مايدل على اعتبار الاقرار مرتين كخبر (١) جميل عن ابي عبدالله عليه السلام لايقطع السارق حتى يقر بالسرقة مرتين ولايرجم الزاني حتى يقر اربع مرات وليس في سنده من يتوقف فيه سوى علي بن السندي وقد قيل بحسنه ـ مع ان ضعفه لو كان منجبر بالعمل ـ ومرسله (٢) عن احدهما عليهما السلام لايقطع السارق حتى يقر بالسرقة مرتين فان رجع ضمن السرقة ولم يقطع اذا لم يكن شهود ـ وخبر (٣) ابان بن عثمان عن الصادق عليه السلام كنت عند عيسى بن موسى فاتي بسارق وعنده رجل من آل عمر فاقبل يسالني فقلت ماتقول في السارق اذا اقر على نفسه انه سرق قال يقطع قلت فما تقول في الزنا اذا اقر على نفسه مرات قال نرجمه قلت ومايمنعكم من السارق اذا اقر على نفسه مرتين ان تقطعوه فيكون بمنزلة الزاني .

الثانية مايدل على القطع بالاقرار مرة كصحيح (٤) الفضيل عن الصادق عليه السلام ان اقر الرجل الحر على نفسه بالسرقة مرة واحدة عند الامام قطع ـ واحتمال كون الظرف متعلقا بالسرقة فيكون لدفع توهم ان لاقطع مالم تتكرر السرقة فيكون مجملا في عدد الاقرار ـ أو كون القطع بمعنى القطع عن الاقرار ثانيا ـ خلاف الظاهر جدا لايصار اليه بلاقرينة والاجرى الاحتمال الاول في النصوص الاولة .

الثالثة مايدل على القطع بعد الاقرار ثلاث مرات ـ كخبر (٥) الاصبغ عن امير المؤمنين عليه السلام في عبدا سوداتي وقالوا انه سارق فقال له ياأسود انت سارق فقال نعم يامولاي ثم قال ثانية ياأسود انت سارق فقال نعم يامولاي قال ان قلتها ثالثة قطعت يمينك ياأسود انت سارق قال نعم فقطع يمين الاسود .

ولكن الاخيرة مضافا الى ضعف سندها لم يعمل بها احد ـ مع انها في اقرار العبد الذي بنائهم على عدم حجيته ولو عشرا ـ واما الاوليتان فربما يجمع بينهما بحمل

(١-٢-٣) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ٦ـ١ـ٤

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ٣

(٥) المستدرك باب ٣٣ من ابواب حد السرقة حديث ١١

الثانية على الاقرار عند الامام - و الاولى على الاقرار عند غيره كما عن المختلف احتماله وهذا وان كان يشهد به التقييد بذلك في صحيح الفضيل - لكن لعدم العامل بذلك حتى المصنف ره فانه احتمل ذلك و الاحتمال غير العمل لايعتنى به فالظاهر تعارض الطائفتين والترجيح للنصوص الاولة للشهرة التي هي اول المرجحات فتقدم فالاظهر اعتبار الاقرار مرتين هذا بالنسبة الى القطع .

(**و**) اما بالنسبة الى الضمان فالظاهر انه (**يكفي في غرم المال المرة**) وكذا (**شهادة الواحد مع اليمين**) لاختصاص النصوص بالقطع وفي غيره يرجع الى قواعد باب القضاء وهي تقتضي ماذكرناه (**و لو تاب**) السارق (**قبل**) قيام (**البينة**) على السرقة (**سقط الحد**) و (**لا**) يسقط (**بعدها**) بلاخلاف في الاول وعلى المشهور في الثاني والمستند النصوص - لاحظ صحيح (١) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه‌السلام فالسارق اذا جاء من قبل نفسه تائبا الى الله تعالى ورد سرقته على صاحبها فلاقطع عليه - ومرسل (٢) جميل كالصحيح عن احدهما (ع) في رجل سرق أو شرب الخمر او زنى فلم يعلم ذلك منه ولم يؤخذ حتى تاب وصلح قال عليه‌السلام اذا صلح وعرف منه امر جميل لم يقم عليه الحد - ودلالتهما على سقوط الحد قبل قيام البينة واضحة .

واما بعدها فقد يقال ان مقتضى اطلاقهما ذلك - ولكنه لو تم تعين تقييده بمرسل (٣) البرقي عن بعض الصادقين (ع) في حديث اذا قامت البينة فليس للامام ان يعفو واذا اقر الرجل على نفسه فذاك الى الامام ان شاء عفى وان شاء قطع - ومثله خبر طلحة وقريب منه خبر (٤) تحف العقول اذ النسبة على هذا التقدير بين الطائفتين وان كانت عموما من وجه الا انه يقدم الخبرين للشهرة التي هي اول المرجحات - اللهم الا ان يقال ان الخبرين انما هما في العفو ولاربط لهما بمسقطية التوبة والاولان يدلان على مسقطية

---

(١) الوسائل باب ٣١ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٢) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣

(٣-٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٣-٤

التوبة - وعلى ذلك فالمتعين هو التقييد بالاجماع اذ الظاهر تسالمهم على ذلك ويمكن الاستدلال له بما (١) ورد في الزنا الدال على انه لا يسقط الحد بالتوبة بعد قيام البينة بدعوى الاولوية فان الحد في الزنا لله تعالى وهنا لحق الناس ايضا .

(ولو تاب) السارق **(بعد الاقرار)** **(تخير الامام)** كما عن النهاية و الجامع واطلاق الكافي والغنية وظاهر اكثر القدماء - وعن ظاهر الاكثر وصريح جمع انه يتحتم الاقامة .

واستدل للقولين بالاخبار الواردة في الجحود بعد الاقرار - الدال جملة منها على التحتم - كصحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام في حديث اذا اقر على نفسه عند الامام انه سرق ثم جحد قطعت يده وان رغم انفه - ونحوه صحيح (٣) محمد بن مسلم عنه عليه السلام - والدال طائفة منها على التخيير كخبري طلحة و البرقي المتقدمين - بدعوى ان ظاهر الاصحاب عدم القول بالفرق بين الجحود و التوبة في المقام فمن قال بالتخيير في الجحود قال به في التوبة و كذا من قال بتحتم الاقامة .

ولكن لو سلم عدم القول بالفصل الاظهر في تلك المسألة تقديم الصحيحين لاصحية السند واشهريتهما بين القدماء اللهم الا ان يقال ان غاية ما هناك ظهور الصحيحين في لزوم القطع - والخبران صريحان في جواز العفو و حمل الظاهر على النص يقتضي البناء على التخيير - فان قيل - ان الخبرين ليس فيهما التخيير بعد الرجوع بل ظاهرهما ثبوته للامام مطلقا ولو لم يرجع ولا قائل به - قلنا انهما يقيد ان بصورة الرجوع بالاجماع فالاظهر هو التخيير .

ويمكن ان يقال ان الخبرين يشملان صورة التوبة والصحيحان مختصان بصورة الجحود وعدم القول بالفصل غير ثابت - فالمستند في المقام خصوص الخبرين - وعليه فالصحيحان اخص مطلق منهما - والجمع الموضوعي مقدم على الجمع الحكمي فيقيد

---

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٤

(٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٣

اطلاق الخبرين بهما فيختص الخبران بصورة التوبة و الصحيحان بصورة الجحود بعد الانكار - فالاظهر في المقام التخيير وفي تلك المسألة تحتم الاقامة.

قطع السارق موقوف على المرافعة

بقي في المقام (**مسائل الاولى لو سرق اثنان نصابا فالاقوى سقوط الحد عنهما حتى يبلغ نصيب كل واحد النصاب**) كما مر في المسألة السابعة من المقام الرابع من هذا الفصل.

(**الثانية قطع السارق**) عندنا (**موقوف على المرافعة**) ومطالبة من سرق منه برفعه الى الحاكم (**فلو لم يرافعه المسروق منه لم يقطع الامام**) وان قامت البينة عنده حسبة أو علم به الحاكم أو اقر به عنده مرتين.

والمستند النصوص - لاحظ خبر (١) الحسين بن خالد عن الصادق عليه السلام الواجب على الامام اذا نظر الى رجل يزني أو يشرب الخمر ان يقيم عليه الحد ولا يحتاج الى بينة مع نظره لانه امين الله في خلقه واذا نظر الى رجل يسرق ان يزبره وينهاه ويمضي ويدعه قلت وكيف ذلك قال عليه السلام لان الحق اذا كان لله فالواجب على الامام اقامته واذا كان للناس فهو للناس - وصحيح (٢) الفضيل بن يسار عن ابي عبدالله عليه السلام من اقر على نفسه عند الامام بحق احد من حقوق المسلمين فليس على الامام ان يقيم عليه الحد الذى اقر به عنده حتى يحضر صاحب حق الحد او وليه ويطلبه بحقه - وعن الخلاف والمبسوط انه يقطع اذا ثبت بالاقرار لعموم النصوص المعتضد بوجوه استحسانية - ولا يصغى الى شيء منها بعد النص.

(**ولو وهبه**) المال (**او عفى عن القطع سقط ان كان قبل المرافعة والافلا**)

(١-٢) الوسائل باب ٣٢ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-٣

بلاخلاف - ويشهد به حسن(١) الحلبي المتقدم المتضمن لقضية صفوان - فان صفوان بعدمارای حکمه صلى الله عليه وآله بقطع يد سارق ردائه قال فانا اهبه له فقال رسول الله صلى الله عليه وآله فهلا كان هذا قبل ان ترفعه الى -قلت فالامام بمنزلته اذا دفع اليه قال عليه السلام نعم -وسئلته عن العفو قبل ان ينتهي الى الامام فقال حسن - وخبر (٢) سماعة عن الصادق عليه السلام من اخذ سارقا فعفى عنه فذلك له فاذا رفع الى الامام قطعه فان قال الذی سرق منه انا اهبه له لم يدعه الامام حتى يقطعه اذا رفعه اليه وانما الهبة قبل ان يرفع الى الامام الحديث وبهما يقيد اطلاق صحيح (٣) ضريس عن الباقر عليه السلام لايعفى عن الحدود التي لله دون الامام فاما ما كان من حق الناس فلاباس بان يعفى عنه دون الامام - ثم انه ان عفى فيما له ذلك فليس له بعد ذلك اقامة الدعوى عليه بلاخلاف لفرض سقوط الحد فلاوجه لعوده. ولموثق(٤) سماعة عن الصادق عليه السلام فيمن عفى عن قاذفه ثم بدا له ان يقدمه حتى يجلده - ليس له حد بعد العفو.

(الثالثة لو اخرج النصاب دفعة وجب القطع اجماعا) كمامر **(وكذا لو اخرجه مرارا على الاقوى)** عند المصنف هنا والمحقق في الشرايع وعن المبسوط والسرائر والجواهر - وعن المصنف في القواعد وابي الصلاح وغيرهما التفصيل بين قصر الزمان الفاصل بنحو يعد المجموع سرقة واحدة عرفا فالقطع و بين مالو طال بحيث لايسمى سرقة واحدة فعدمه وقواه الشهيد الثاني وصاحب الجواهر -واستدل للاول بانه اخرج نصابا واشتراط المرة في الاخراج غير معلوم - واورد عليه بانه مع عدم صدق السرقة الواحدة على السرقات العديدة ليس هناك سرقة متصفة بكونها سرقة النصاب (وفيه) انه لايعتبر في القطع اتصاف السرقة الواحدة بكونها سرقة النصاب بل الموضوع في النصوص كون السارق سارقا الشيء يبلغ النصاب وهذا يصدق مع تعدد السرقات فالقطع مطلقا اظهر.

(١-٢) الوسائل باب ١٧ من ابواب مقدمات الحدود حديث ٢-٣

(٣-٤) الوسائل باب ١٨ من ابواب مقدمات الحدود حديث ١-٢

(الرابعة لوسرق الوالدمن مال ولده لم يقطع) اجماعا و هو الحجة فيه ويعضده مادل(٣) على عدم قتل الوالد بالولد - ومادل(٤) على ان الولد وماله للاب - وفي المسالك جعل معقد الاجماع الاب وان علا -**(و)** كيف كان ف**(لوسرق الولد)** من مال والده المحرز دونه **(قطع)** بلاخلاف لاطلاق الادلة .

(الخامسة يقطع اليمين وان كانت احدى يديه او هما شلاوين اولم يكن له يسار) على المشهور وقد مر الكلام في المسألة في تنبيهات المقام الثالث وبينا ان الاظهر عدم قطع يمين من ليس له يسار كما انه بيناهناك انه **(و)** ان صرح بعض بانه **(ولو لم يكن له يمين قطعت يساره وقيل يقطع رجله اليسرى)** لكنهما غير تامين وان الاظهر سقوط الحد والانتقال الى التعزير .

حد المحارب

(الفصل الثاني عشر في حد المحارب وغيره) وفيه مسائل -الاولى في بيان المحارب موضوعا-فعن الاكثر انه **(كل من جرد السلاح)** كالسيف اوغيره كالحجر وما شاكل **(للاخافة في بر او بحر)** مصر اوغيره **(ليلا او نهارا)** وان لم يكن المحارب من اهل الاخافة بان كان ضعيفا عنها ولا من اهل الفتنه ولا ذكرا وعن كنز العرفان نسبته الى الفقهاء مشعرا بدعوى الاجماع عليه- وعن الشيخين اشتراط كونه من اهل الريبة - وعن الاسكافي اعتبار الذكورة ووافقه الحلي في اول كلامه وطعن على الشيخ الملتزم بعدم اعتبارها وقال لم اجد لاصحابنا المصنفين قولا في قتل النساء في المحاربة ولكنه في آخر كلامه قال قدقلنا ان احكام المحاربين تتعلق بالنساء والرجال واستدل بالاية الكريمة - وفي الجواهر ولعل ذلك ونحوه منه عقوبة على سوء ادبه مع الشيخ وغيره من اساطين الطائفة .

---

(١) الوسائل باب ٣٢ من ابواب القصاص في النفس

(٢) الوسائل باب ٧٨ من ابواب مايكتسب به كتاب التجارة

وكيف كان فالاظهر ما هو المشهور بين الاصحاب - لاحظ - صحيح (١) محمدبن مسلم عن الباقر عليه السلام من شهر السلاح في مصر من الامصار فعقر اقتص منه ونفى من تلك البلد ومن شهر السلاح في مصر من الامصار وضرب وعقر واخذ المال ولم يقتل فهو محارب فجزائه جزاء المحارب وامره الى الامام ان شاء قتله وصلبه وان شاء قطع يده ورجله قال وان ضرب وقتل واخذ المال فعلى الامام ان يقطع يد اليمنى بالسرقة ثم يدفعه الى اولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه فقال له ابو عبيدة ارأيت ان عفى عنه اولياء المقتول فقال ابو جعفر عليه السلام ان عفوا عنه كان على الامام ان يقتله لانه قد حارب وقتل وسرق الحديث وقريب منه غيره - والصحيح كما ترى عام للذكر والانثى لان من من الفاظ العموم وشامل لمن كان من اهل الريبة أولم يكن - ولكون ذلك في الليل او النهار - ومورده المصر فما عن بعضهم من اعتبار كونه في البر والمواضع البعيدة عن العمران لاوجه له - ويدفع احتمال اعتبار ذلك وكثير مما قيل باعتباره في المقام الاية الكريمة الاتية.

واما خبر (٢) ضريس عن ابي جعفر عليه السلام من حمل السلاح بالليل فهو محارب الاان يكون رجلا ليس من اهل الريبة - فلا يدل على اعتبار كونه من اهل الريبة بحيث اذا جرد السلاح لاخافة الناس لايكون محاربا فان مفاده ان مجرد حمل السلاح بالليل لايوجب صدق المحارب عليه اذا لم يكن من اهل الريبة بخلاف من كان من اهلها فانه يحكم بذلك وان لم يعلم ان قصده الاخافة - وبذلك يظهر وجه التقييد بالليل

كيفية حد المحارب

الثانية في كيفية حد المحارب - لاخلاف ولااشكال في ان حد المحارب القتل اوالصلب اوالقطع مخالفا بان تقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كما في السارق.

---

(١) الوسائل باب ١ من ابواب حد المحارب حديث ١

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب حد المحارب حديث ١

اوالنفی ـ والاصل فیه الکتاب والسنة : قال الله (۱) تعالی «انما جزاء الذین یحاربون الله ورسوله ویسعون فی الارض فسادا ان یقتلوا اویصلبوا او تقطع ایدیهم وارجلهم من خلاف اوینفوا من الارض ذلك لهم خزی فی الدنیاولهم فی الاخرة عذاب عظیم الاالذین تابوا من قبل ان تقدرواعلیهم فاعلموا ان الله غفوررحیم » واما السنة فکثیرة ستمر علیك جملة منها .

وانما الخلاف بین الاصحاب فی ان ذلك علی نحو التخییر اوالترتیب فعن المفید والدیلمی والحلی مااختاره المصنف ره هنا ـ قال (**تخیر الامام بین قتله وصلبه و قطعه مخالفا و نفیه**) بل قیل علیه اکثر المتاخرین ـ وعن الشیخ والاسکافی والتقی وابن زهرة واتباع الشیخ ان ذلك بالترتیب بل عن کشف اللثام نسبته الی اکثر الکتب وعن نکت الارشاد علیه الاجماع .

ثم ان القائلین بـالترتیب اختلفوا فی کیفیته ـ فعن النهایة والمهذب وفقه الراوندی والتلخیص انه یقتل ان قتل قصاصا ان کان المقتول مکافئاله ولم یعف الولی والا قتله الامام هذا ـ ولو قتل واخذ المال استعیدمنه وقطع مخالفا ثم قتل وصلب ـ وان اخذالمال ولم یقتل قطع مخالفا ونفی ـ ولوجرح ولم یاخذالمال اقتص منه ونفی ولواقتصر علی شهر السلاح نفی لاغیر ـ وعن المبسوط والخلاف والبیان انه ان قتل قتل وان قتل واخذالمال قتل وصلب وان اقتصر علی اخذالمال قطع من خلاف ولواقتصر علی الاخافة فانما علیه النفی ـ وعن الخلاف والمبسوط انه ینفی علی الاخیرین وعن المبسوط انه یتحتم علیه القتل اذا قتل لاخذالمال واما ان قتل لغیره فالقود واجب غیر متحتم ای یجوز لولی المقتول العفو مجانا وعلی مال ـ وعن الوسیلة تفصیل آخر قال فی الریاض لم اجدحجة علی شیء من هذه الکیفیات من النصوص .

والحق ان یقال ـ اما الایة الشریفة فهی ظاهرة فی القول الاول لان الاصل فی کلمة اوالتخییر ـ وقال الصادق علیه السلام او فی القران للتخییر حیث وقع ـ واما النصوص

---

(۱) سورة المائدة آیة ۳۴

فطائفة منها صريحة فيه كحسن(١) جميل عن الصادق عليه السلام عن الاية اى شيء عليه من هذه الحدود التى سمى الله عزوجل قال عليه السلام ذلك الى الامام انشاء قطع وانشاء نفى وان شاء صلب وان شاء قتل قلت النفى الى اين قال عليه السلام من مصر الى مصر آخر. ونحوه(٢) خبر سماعة عنه عليه السلام وصحيح(٣) بريد بن معاوية قال سأل رجل اباعبدالله عليه السلام عن قوله تعالى انما جزاء الذين الخ قال ذاك الى الامام يفعل مايشاء قلت فمفوض ذلك اليه قال عليه السلام لاولكن لحق الجناية.

وفى المقام نصوص اخر منها صحيح محمد بن مسلم المتقدم وهو يدل على التخيير بين الامور الاربعة مع عدم القتل وتحتم القتل معه وجعله فى محكى الاستبصار جامعا بين الاخبار - وفى المسالك وهو اولى من القول بالترتيب الذى ذكره فى غيره

ومنها ما يدل على الترتيب على ما افاده الاولون - كخبر (٤) عبيد بن بشر الخثعمى قال سألت ابا عبدالله عليه السلام عن قاطع الطريق وقلت ان الناس يقولون ان الامام فيه مخيراى شيء صنع قال عليه السلام ليس اى شيء صنع ولكنه يصنع بهم على قدر جنايتهم فقال من قطع الطريق فقتل واخذ المال قطعت يده ورجله وصلب ومن قطع الطريق وقتل ولم ياخذ المال قتل ومن قطع الطريق واخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله ومن قطع الطريق ولم ياخذ مالا ولم يقتل نفى من الارض - وهذا الخبر يدل على القول الاول من الترتيب - الامن جهة عدم التعرض لصورة الجرح ولعل مدرك الاقتصاص فيها عموم ادلة القصاص - ولكن عبيدا مجهول واستناد الاصحاب الى ذلك غير ثابت.

وخبر (٥) احمد بن الفضل الخاقانى عن ابى جعفر الثانى عليه السلام فى حديث فان كانوا اخافوا السبيل فقط ولم يقتلوا احدا ولم ياخذوا مالا امر بايداعهم الحبس فان ذلك معنى نفيهم من الارض باخافتهم السبيل وان كانوا اخافوا السبيل وقتلوا النفس امر بقتلهم وان كانوا اخافوا السبيل وقتلوا النفس واخذوا المال امر بقطع ايديهم

(١-٢-٣-٤-٥) الوسائل باب ١ من ابواب حد المحارب حديث ٣-٩-٢-٥-٨

وارجلهم من خلاف وصلبهم بعد ذلك - وهذا الخبر مضافا الى ضعف سنده مشتمل على مالايقولون به وهو الحبس فهذا القول لاوجه له.

واما القول الثاني من اقوال الترتيب فقد استدل له بمارواه (١) عبيدالله المدائني عن ابي الحسن الرضا عليه السلام - ورواه عبيدالله عن ابي عبدالله عليه السلام - ومحمد بن اسحاق عن ابي الحسن عليه السلام - قال سأل عن قول الله عزوجل - انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا الاية فقال اذا حارب الله ورسوله وسعى في الارض فساداً فقتل قتل به وان قتل واخذ المال قتل وصلب وان اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف وان شهر السيف وحارب الله ورسول الله وسعى في الارض فساداً ولم يقتل ولم يأخذ المال نفى من الارض الحديث - ونحوه في ذلك مرسل (٢) داود الطائي عن ابي عبدالله عليه السلام - وخبر (٣) علي بن حسان عن ابي جعفر عليه السلام - ولكن الاول ضعيف لمحمد بن سليمان الديلمي فانه في الطريق بجميع طرق الخبر - ولعبيدالله والمرسل لارساله ليس بحجة - واما خبر علي بن حسان فهو وان كان على ماذكره المصنف من وثاقته موثقا لكنها غير ثابتة - هذا مع ان شيئاً منها لايدل على ما عن الخلاف والمبسوط من النفي في الاخيرين كمالا دلالة في شيء منها على التفصيل الذى ذكره في المبسوط بين القتل لاخذ المال وغيره وفي المقام بعض نصوص اخر ضعيف لادلالة فيه على شيء من الاقوال المتقدمة.

فالمتحصل ان الاظهر هو القول بالتخيير - ثم ما يستفاد من صحيح محمد بن مسلم فان قيل ان نصوص التخيير معارضة مع الصحيح فلاى شيء تقدم تلك النصوص - قلنا لفتوى الاكثر ولموافقة الكتاب والله العالم ثم ان في المقام فروعاً.

١- **(ولو تاب قبل القدرة عليه سقط الحد)** قال الله تعالى (٤) «الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم» ولكن يختص السقوط بالحد **(دون حقوق الناس)** لاختصاص

(١-٢-٣) الوسائل باب ١ من ابواب حد المحارب حديث ٤-٦-١١

(٤) سورة المائدة آية ٣٥

الاية بالحد. ولانه لامدخلية للتوبة في حق الناس المتوقف سقوطه على اسقاط المستحق **(ولو تاب بعدها لم يسقط)** بلا خلاف للاصل ولمفهوم الاية الكريمة.

٢ - (واذا نفى كتب الى كل بلد بالمنع من معاملته ومؤاكلته ومجالسته الى ان يتوب) فان لم يتب استمر النفي الى ان يموت كما هو المشهور بين الاصحاب وعن بعضهم الاجماع عليه وعن ابن سعيد التحديد بالسنة ـ وعن الصدوق في الفقيه ينبغي ان يكون نفيه نفياً شبيها بالصلب والقتل تثقل رجلاه و يرمى في البحر ـ ويشهد لما هو المشهور ـ الاية والنصوص الدالة على النفي من الارض الظاهرة في النفي الى الابد خرج مالو تاب بالاجماع وبقي الباقي ـ وايضاً ظاهرها ماذكروه من اعلام كل بلد يصل اليه بالامتناع منه على الوجه المزبور لينتقل الى آخر لان النفي من الارض كناية عن ذلك اذ لايخرج عن مجموع الارض ولكن لما لم يقر على ارض كان في معنى النفي من الارض.

ويدل على الاخير. موثق(١) حنان عن الصادق عليه السلام في الاية قال عليه السلام لايبايع ولايؤوى ولايتصدق عليه ـ وخبر (٢) لمدائني عن الرضا عليه السلام في حديث المحارب قلت كيف ينفى وماحد نفيه قال عليه السلام ينفى من المصر الذى فعل فيه ما فعل الى مصر غيره و يكتب الى اهل ذلك المصر انه منفى فلا تجالسوه ولا تبايعوه ولاتناكحوه ولاتؤاكلوه ولاتشاربوه فيفعل ذلك به سنة فان خرج من ذلك المصر الى غيره كتب اليهم بمثل ذلك حتى تتم السنة. وهذا الخبر صريح في التحديد بالسنة ـ وضعفه منجبر بالعمل به بالنسبة الى اعلام كل بلد يصل اليه بالامتناع منه فتدبر. اللهم الا ان يقال ان مستند الاصحاب ليس هذا الخبر فانه مذيل بانه ان دخل في ارض الشرك قوتل اهلها ولم يفت الاصحاب بذلك. فان قيل انه لا مانع من العمل ببعض الخبر المنجبر بالعمل دون بعض غير منجبر به ـ قلنا نلتزم به في التقييد بالسنة لعدم عمل الاصحاب به فالاظهر عدم التقييد.

واما ماعن الفقيه فيشهد به خبر (٣) عبدالله بن طلحة ـ لكن لمعارضته مع ما

(١-٢-٣) الوسائل باب ٤ ـ من ابواب حد المحارب حديث ١-٢-٥

تقدم و اعراض الاصحاب عنه لا يعتمد عليه ولا يصلح للمقاومة مع ما تقدم ـ و اما مادل على ان المراد بالنفي الحبس فقد عرفت ضعفه ـ فما هو المشهور بين الاصحاب هو المنصور .

٣ـ في حد الصلب لا اشكال في انه ان صلب بعد القتل ـ او صلب وهو حي على القول بالتخيير لانه احد افراده القسيم للقتل ـ لا يترك على خشبة اكثر من ثلاثة ثم ينزل ويجهز عليه بما يجب ـ للنصوص لاحظ ـ خبر (١) السكوني عن الصادق عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لا تدعوا المصلوب بعد ثلاثة ايام حتى ينزل فيدفن ـ وقويه (٢) الاخر عنه عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام صلب رجلا بالحرة ثلاثة ايام ثم انزله في اليوم الرابع فصلى عليه ودفنه ومرسل (٣) الصدوق قال الصادق عليه السلام المصلوب ينزل عن الخشبة بعد ثلاثة ايام ويغسل ويدفن ولا يجوز صلبه اكثر من ثلاثة ايام.

وان صلب حياً ولم يمت قبل ثلاثة ايام فقد يقال انه ينزل ويجهز عليه لاطلاق النصوص ـ ولكنها منصرفة الى صورة عدم الحياة ـ فيبقى حتى يموت ولا يترك بعده اكثر من ثلاثة ايام لما مر ـ والكلام في وجوب تغسيله محرر في كتاب الطهارة .

احكام اللص اذا دخل دارا

الثالثة **(واللص)** بالكسر وهو السارق وبالضم لغة ـ ان شهر سلاحا ومافي معناه فهو **(محارب)** حقيقة لما مر في بيان حقيقة المحارب وان لم يكن معه سلاح بل يريد اختلاس المال والهرب فمقتضى اطلاق الفتاوى والنصوص كونه محاربا ـ لاحظ خبر (٤) منصور عن ابي عبدالله عليه السلام اللص محارب لله ولرسوله فاقتلوه فما دخل عليك فعلي وخبر (٥) غياث بن ابراهيم عنه عليه السلام عن ابيه عليه السلام اذا دخل عليك اللص يريد اهلك ومالك فان استطعت ان تبدره وتضربه فابدره واضربه و قال اللص محارب لله

(١ـ٢ـ٣) الوسائل باب ٥ من ابواب حد المحارب حديث ٢-١-٣

(٤-٥) الوسائل باب ٧ من ابواب حد المحارب حديث ١-٣

ولرسوله فاقتله فمامنك منه فهو علي. ومقتضى عموم التنزيل في بادى النظر ان حكمه حكم المحارب مطلقا ويجرى عليه حكم المحارب. ولكن حيث انه من المعلوم بالبداهة انه ان رفع الى الحاكم لايجرى عليه حكم المحارب. فيعلم ان المراد بهما انه بحكم المحارب في انه يجوز دفعه ولو بالقتال وانه لو قتل بعد ذلك فدمه هدر وعلى ذلك فيتجه ماافادوه من انه لايجوز قتله ابتداء بل يراعى فيه مراتب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيتدرج في الدفع من الادنى الى الاعلى.

وكيف كان فـ(**يدفع**)عن نفسه مطلقا. وكذا عن ماله (**مع غلبة السلامة**) اذا تغلب عليه كماقال الاصحاب - بل قالوا يجب في الاول ولو ظن على نفسه التلف لاطلاق النصوص ولوجوب حفظ النفس وغايته العطب وهو غاية عمل المفسد فيكون الدفاع ارجح. وفي المسالك نعم لو امكن السلامة بالهرب كان احد اسباب حفظ النفس فيجب عينا ان توقفت عليه وتخيير اان امكنت به وبغيره انتهى.

وملخص القول في المقام ان اللص ان دخل دارا فتارة يشهر السلاح للاخافة لااشكال في ان حكمه حكم المحارب بل هو محارب حقيقة لمامر من ان المحارب يتحقق في العمران وغيرها - واخرى ليس معه سلاح - وح فقد يريد المال - و قد يريد النفس - وقد يريد العرض.

فان اراد المال فان كان لم يغلب على نفسه السلامة ان دفعه لايجوز له الدفع لعدم جواز التغرير بالنفس دون المال - واما المرسل(١) عن الرضا عليه السلام عن الرجل يكون في السفر ومعه جارية له فيجيء قوم يريدون اخذ جاريته ايمنع جاريته من ان تؤخذ وان خاف على نفسه القتل قال عليه السلام نعم - الى ان قال قلت و كذلك المال يريدون اخذه في سفره فيمنعه وان خاف القتل قال عليه السلام نعم - فلضعفه سنداً و معارضته مع ما دل على عدم وجوب الدفاع عن المال - كصحيح (٢) محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله من قتل دون ماله فهو شهيد وقال لو كنت انا لتركت المال ولم

---

(١) الوسائل باب ٤٦ من ابواب جهاد العدو حديث ١٢

(٢) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الدفاع حديث ١

اقاتل ـ وخبر(۱) ابى بصير عن الباقر عليه السلام عن الرجل يقاتل عن ماله فقال ان رسول الله (ص) قال من قتل دون ماله فهو بمنزلة شهيد فقلنا له افيقاتل افضل فقال عليه السلام ان لم يقاتل فلا باس اما انا لو كنت لتركته ولم اقاتل ـ فانه اذا لم يجب القتال والدفاع عن المال لم يجز مع خوف التلف.

وان اراد النفس وجب الدفاع وان ظن التلف ـ لاطلاق نصوص محاربة اللص ودفعه المتقدم جملة منها والاتى بعضها الاخر ـ وقد عرفت ان ذلك فيما اذا لم يتمكن من حفظ نفسه بالهرب والا فيجب تعيينا اوتخييراً ان امكن به وبغيره.

وان اراد العرض فان ظن الهلاك فالظاهر جواز الاستسلام كما عن التحرير و فى الرياض و غيره لاولوية حفظ النفس من حفظ العرض كما هو المستفاد من النصوص (۲) الواردة فى المستكرهة على الزنا معللة بقوله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه.

ثم انه لو دافع فى مورد يجوز له الدفاع اويجب مع مراعاة الموازين فتارة يقتل واخرى يقتل اللص **(ف)** ان قتل كان كالشهيد فى الاجر ـ ويشهد به صحيح محمد وخبر ابى بصير المتقدمان وغيرهما. وان **(قتل)** الدافع اللص **(ف)** دمه **(هدر)** اجماعا والنصوص به مستفيضة لاحظ صحيح (۳) الحلبى عن الصادق عليه السلام عن امير المؤمنين عليه السلام اذا دخل عليك اللص المحارب فاقتله وما اصابك فدمه فى عنقى ـ والخبر (۴) عن ابى ـ جعفر عليه السلام قال قلت له اللص يدخل على فى بيتى يريد نفسى ومالى فقال عليه السلام اقتله فاشهد الله ومن سمعه ان دمه فى عنقى ـ وخبر (۵) غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه (ع)

---

(۱) الوسائل باب ۴ من ابواب الدفاع حديث ـ۲

(۲) الوسائل ـ باب ۱۸ ـ من ابواب حد الزنا حديث ۷ ـ ۸

(۳) الوسائل باب ۶ من ابواب الدفاع حديث ۱

(۴) الوسائل باب ۳ من ابواب الدفاع حديث ۱

(۵) الوسائل باب ۵ من ابواب الدفاع حديث ۱

انه قال اذا دخل عليك رجل يريد اهلك ومالك فابدره بالضربة ان استطعت فان اللص محارب لله ولرسوله فما تبعك منه من شيء فهو علي- ونحوه خبر(١) ابي البختري الى غير ذلك من النصوص- ولكن ذلك فيما بينه وبين ربه واما ان قدم الى الحاكم فلا بد وان يثبت ذلك باحد الموازين المثبتة كما صرح بذلك في طائفة من النصوص (٢).

ثم انه لا بد وان يعلم ان اللص اذا ادبر وفر لا يجوز قتله وان قتله ح ضمن بلا خلاف اذ لا يجوز الضرب الا للدفع ولا دفع مع الادبار-

من كابر امرأة على فرجها

الرابعة **(ومن كابر امرأة على فرجها او غلاماً)** ليفعل بهما محرماً **(فلهما دفعه)** مراعياً في ذلك الموازين المتقدمة من الدفع من الادنى الى الاعلى وغيره - **(فان قتلاه فهدر)** بلا خلاف في شيء من ذلك- والمستند ما مر- مضافاً الى روايات خاصة في المورد- لاحظ صحيح(٣) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام في الرجل اراد امرأة على نفسها حراماً فرمته بحجر فاصابت منه مقتلا قال عليه السلام ليس عليها شيء فيما بينها وبين الله عزوجل وان قدمت الى امام عادل هدر دمه- والنبوي(٤) الخاصي من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له ولا قود ونحوهما غيرهما.

(و) كذا **(من دخل دار قوم فزجروه فلم ينزجر)** فادى الدفع والزجر بمراتبهما المتقدمة الى التلف **(لم يضمن بتلفه او بتلف بعض اعضائه)** وقد شهد بذلك نصوص كثيرة لاحظ- خبر(٥) العلا بن الفضيل عن ابي عبدالله عليه السلام اذا اطلع رجل على قوم يشرف عليهم او ينظر من خلل شيء لهم فرموه فاصابوه فقتلوه او فقؤوا عينه فليس

---

(١) الوسائل باب ٥ من ابواب الدفاع حديث ١

(٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص في النفس

(٣-٤) الوسائل باب ٢٣ من ابواب القصاص في النفس حديث ١-٢

(٥) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص في النفس حديث ٦

عليهم غرم و قال ان رجلا اطلع من خلل حجرة رسول‌الله صلى الله عليه وآله وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمشقص ليفقأ عينه قد انطلق فقال رسول‌الله صلى الله عليه وآله وسلم اى خبيث اما والله لو ثبت لى لفقئت عينك- وصحيح(١) الحلبى عنه عليه السلام ايما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر الى عوراتهم ففقؤوا اعينه اوجرحوه فلادية عليهم وقال من اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له الى غير ذلك من النصوص.

ثم انه قد اشرنا فى المسألة المتقدمة الى ان ذلك حكمه فيما بينه وبين الله- واما لو رفع الامر الى الحاكم فلابد وان يثبت ذلك والا فحكمه حكم غيره من من قتل او جرح كما تدل عليه النصوص(٢).

يعزر المختلس والمستلب

الخامسة **(و يعزر المختلس)** وهو الذى ياخذ المال خفية من غير الحرز **(والمستلب)** وهو الذى ياخذ المال جهرا ويهرب مع كونه غير محارب **(والمحتال)** على اموال الناس **(بشهادة الزور وغيرها)** كالرسائل الكاذبة **(والمنبج)** وهو من اعطى البنج حتى خرج من العقل ثم اخذ منه شيئاً ومن سقى غيره مرقد افاخذ منه شيئاً **(بما يرتدع به)** غيرهم و يرجرهم لفعلهم المحرم **(و يستعاد منهم مااخذوه)** ولا يقطعون بلا خلاف فى شىء من تلكم بل عليها الاجماع كما فى بعض العبائر.

والمستند مضافا الى مامر حيث انه يكون بعض شرائط القطع من اخذ المال من الحرز و غيره مفقودا فلا قطع وفعلوا المحرم فيعزرون واستعادة المال لاتحتاج الى اقامة الدليل عليها- جملة من النصوص فى الاولين - كموثق (٣) ابى بصير عن احدهما عليهما السلام عن امير المؤمنين عليه السلام لااقطع فى الدعارة المعلنة وهى الخلسة ولكن اعزره

---

(١) الوسائل باب ٢٥ من ابواب القصاص فى النفس حديث ٧

(٢) الوسائل باب ٦٩ من ابواب القصاص فى النفس

(٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة حديث ١

وصحيح (١) محمدبن قيس عن ابى جعفر عليه السلام قضى امير المؤمنين (ع) فى رجل اختلس ثوبا من السوق فقالوا قدسرق هذا الرجل فقال عليه السلام انى لااقطع فى الذعارة المعلنة وموثق (٢) سماعة قال قال عليه السلام من سرق خلسة خلسها لم يقطع ولكن يضرب ضربا شديدا - وخبر (٣) البصرى عن ابى عبدالله عليه السلام ليس على الذى يستلب قطع - ونحوها اخبار كثيرة - والمستفاد منها تفسير المختلس بما ذكرناه فى تفسير المستلب قيل ولعله اريد به مايعم المستلب.

واما صحيح (٤) الحلبى عن الصادق (ع) المتضمن قطع الكاذب فى الرسالة فقد حمله الشيخ على كون القطع للافساد لاللسرقة - ويرده التصريح فيه بان القطع للسرقة - وفى الرياض والجواهر حمله على قضية فى واقعة اقتضت المصلحة فيها ذلك ويرد عليها ان السؤال عن حكم كلى وليس فيه مايشهد بكونه قضية فى واقعة - فالحق ان يقال انه شاذ لاعامل به فيطرح.

حدوطء البهائم

(مسائل الاولى - اذاوطء العاقل البالغ بهيمة عزر) بلاخلاف . ويشهد به صحيح (٥) الفضيل وربعى عن الصادق (ع) فى رجل يقع على البهيمة قال عليه السلام ليس عليه حد ولكن يضرب تعزيرا - والمروى (٦) عن قرب الاسناد فى راكب البهيمة قال على عليه السلام لارجم عليه ولاحد ولكن يعاقب عقوبة موجعة - وخبر (٧) العلابن فضيل عن ابى عبدالله (ع) فى رجل يقع على بهيمة فقال ليس عليه حد ولكن يضرب تعزيرا - وحسن (٨) سدير عن ابى جعفر (ع) فى حديث - يجلد دون الحد - وموثق (٩) سماعة عن

(١-٢-٣) الوسائل باب ١٢ من ابواب حد السرقة حديث ٢-٥

(٣) الوسائل باب ١٣ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٤) الوسائل باب ١٥ من ابواب حد السرقة حديث ١

(٥-٦-٧-٨-٩) الوسائل باب ١ من ابواب نكاح البهائم حديث ٥-١١-٣-٤-٢

الصادق عليه السلام عليه ان يجلد حداغير الحد - ونحوها غيرها .

وبازاء هذه النصوص طائفتان من النصوص - احداهما مايدل على انه يقتل كصحيح (١) جميل عن الصادق عليه السلام في رجل اتى بهيمة قال عليه السلام يقتل-وخبر(٢) سليمان بن هلال عنه عليه السلام عن الرجل ياتي البهيمة فقال عليه السلام يقام قائما ثم يضرب ضربة بالسيف اخذالسيف منه مااخذ قال فقلت هو القتل قال هو ذاك - الثانية مايدل على ان حده حدالزاني - كصحيح (٣) ابي بصير عن الصادق عليه السلام في رجل اتى بهيمةفاولج قال عليه حدالزاني -وخبر(٤) ابي فروة عن الباقر(ع) الذي ياتي بالفاحشة والذي ياتي البهيمة حده حدالزاني .

اما الطائفة الاولى فمحمولة على من تكرر منه الفعل وتخلل بينه التعزير و كان ذلك في المرة الثالثة أو الرابعة - واما الثانية فعن الشيخ احتمال حملها على مااذا اعاد بعد التعزير - اوحملها على مااذاتحقق الايلاج ونصوص التعزير على الاتيان دون الايلاج - وكلاهما بترعيان ولا شاهدلهما - فالحق ان يقال انها تعارض مع نصوص التعزير ويقدم تلكم النصوص للشهرة التي هي اول المرجحات .

ثم ان المشهور بين الاصحاب ان تقدير التعزير الى الامام كغيره مما يثبت فيه التعزير لاطلاق نصوصه - ولكن في موثق (٥) اسحاق بن عمارعن ابي ابراهيم (ع) و صحيح (٦) ابن سنان عن ابي عبدالله (ع) - وخبر (٧) الحسين بن خالد عن ابي الحسن الرضا (ع) في الرجل ياتي البهيمةانهم قالواجميعاوضرب هوخمسة وعشرون سوطاربع حدالزاني - وحملها على كون ذلك احد الافراد خلاف الظاهر بل الجمع بينها وبين مااطلق فيه التعزير يقتضي البناء على تقييد اطلاق تلك النصوص بهذه - وهذا هو الاظهر الاان يثبت الاجماع على خلافه أوالشهرة الموجبة لوهن هذه - وكيف كان فالاحتياط بعدم الزيادة على هذا العددلابدمن رعايته .

(١-٢-٣-٤-٥-٦-٧)الوسائل باب١ من ابواب نكاح البهائم حديث ٦-٧-٨-٩-١

(ثم) ان البهيمة الموطوئة **(ان كانت ماكولة اللحم)** اى مقصودة بالاكل عادة كالشاة والبقرة ونحوهما مما يسمى فى العرف بهيمة دون نحو الطير **(حرم لحمها ولحم نسلها وتذبح وتحرق ويغرم قيمتها لصاحبها ولو اشتبهت قسم القطيع نصفين ثم اقرع ثم قسم الخارج بالقرعة الى ان يقع الى واحدة)** فيعمل بها مايعمل بالمعلومة ابتداء **(ولو كانت غير ماكولة اللحم)** اى كان المقصود منها ظهرها كالبغل والحمار **(اخرجت من البلد وبيعت فى غيره ويغرم قيمتها لصاحبها ان لم يكن له ويتصدق بالثمن على رأى)** وقدمر الكلام فى جميع تلكم فى كتاب الاطعمة والاشربة فلانعيد .

(ويثبت) موجب التعزير **(بشهادة عدلين)** بلاخلاف الاماقيل من اشعار كلام المبسوط باشتراط اربعة رجال اوثلاثة مع امرأتين ويشهد لكفاية شهادة عدلين عموم مادل (١) على حجيتها وثبوت الحقوق وغيرها بها ـ فان الخارج خصوص الزنا كما دلت على ذلك النصوص (٢) وقياس ذلك بالزنا مع الفارق .

(او الاقرار مرتين) اجماعا انما الكلام فى كفاية الاقرار مرة واحدة قيل المشهور بين الاصحاب ذلك ـ وعن الحلى و ابن حمزة وظاهر الماتن هنا عدم كفايته واشتراط الاقرارمرتين وعن المختلف الميل اليه ـ وجه الاول عموم مادل على (٣) ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ـ ووجه الثانى ما مرفى الحد من بنائهم على اعتبار الاقرار مرتين فى الحد فيما يعتبر فيه شهادة عدلين ـ ويمكن استفادته من (٤) ما تضمن توجيه الامام (ع) لاعتبار الاقرارمرتين فى ثبوت السرقة بالمقايسة بالزنا وانه كما ان الزنا حيث لايثبت الا بشهادة اربعة رجال فيعتبر فى

---

(١) الوسائل باب ٥و١٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٢) الوسائل باب ٥ من ابواب كيفية الحكم وباب ١٢ من ابواب حد الزنا

(٣) الوسائل باب ٣ من كتاب الاقرار

(٤) الوسائل باب ٣ من ابواب حد السرقة حديث ٤

الاقرار به ان يكون اربع مرات كك السرقة لاتثبت الا بشهادة عدلين فيعتبر في الاقرار المثبت لها ان يكون مرتين - اضف الى ذلك مافي الرياض بعد قوله ولم نعرف له مستندا الاان يكون الاستقراء ولاباس به ان افادظنا معتمدا و يحتمل مطلقا لايرائه الشبهة الدارئة لااقل منها .

ثم ان ذلك في العقوبة واما بالنسبة الى ساير الاحكام فان كانت الدابة لنفسه فلاينبغي التوقف في ثبوته بالاقرار مرة لعموم دليله - وان كانت لغيره فقد يقال بعدم ثبوته بالاقرار ولو مرات لانه اقرار في حق الغير - ولي فيه تامل فانه اقرار على نفسه لفرض ثبوت الغرامة عليه والله العالم - ولايثبت موجب التعزير بشهادة النساء ولو منضمات - لمادل على (١) عدم ثبوت الحد بها الشامل للتعزير **(ولو تكرر التعزير قتل في الرابعة)** أوالثالثة على الخلاف المتقدم اليه الاشارة غير مرة .

بيان حدوطء الميتة من بنات ادم

(الثانية من زنى بميتة) من بنات آدم **(فهو كمن زنى بحية في الحد واعتبار الاحصان)** وغير ذلك كما هو المشهور بين الاصحاب وفي الرياض بلاخلاف بل عليه الاجماع في ظاهر بعض العبارات وفي الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع - ويشهد به مضافا الى ذلك والى ماعن الانتصار والسرائر من الاجماع على كونه زنا فيدخل في عموم مادل على احكامه - خبر (٢) عبدالله بن محمد الجعفي كنت عند ابي جعفر (ع) وجائه كتاب هشام بن عبدالملك في رجل نبش امرأة فسلبها ثيابها ونكحها فكتب اليه ابوجعفر عليه السلام ان حرمة الميت كحرمة الحي تقطع يده لنبشه وسلبه الثياب ويقام عليه الحد في الزنا ان احصن رجم وان لم

---

(١) الوسائل باب ٢٤ من ابواب الشهادات

(٢) الوسائل باب ١٩ من ابواب حد السرقة حديث ٢

يكن احصن جلد مائة واما الخبر (١) عن ابى عبدالله عليه السلام عن رجل زنى بميتة قال عليه السلام لاحد عليه ـ فلضعفه فى نفسه وعدم عمل الاصحاب به يطرح اويحمل على ارادة انه لاحد موظف مخصوص به وحده حد الزانى بحية ـ أوعلى من اتى زوجة نفسه بعد موتها ـ اويحمل على الانكار وبالجملة لاشبهة فى ان حده حد من زنى بحية .

(ويغلظ هيهنا العقوبة) زيادة على الحد بلاخلاف لان الفعل هنا افحش ـ ولمرسل (٢) ابن ابى عمير عن بعض اصحابنا عنه (ع) فى الذى ياتى المرئة وهى ميتة قال عليه السلام وزره اعظم من ذلك الذى ياتيها وهى حية .

(ولو كانت الميتة زوجة عزر) بلاخلاف يوجد لانه ليس زنا كى يثبت عليه الحد ولا يكون جائزا لان ظاهرهم الاتفاق على حرمة وطئها بعد الموت فيثبت عليه التعزير كما فى ساير المحرمات .

(ويثبت) الزنا بالميتة **(باربعة)** شهود ذكور عدول اجماعاً ـ انما الكلام فى انه هل يعتبر الاربعة ام يكفى شهادة عدلين ـ فالمشهور هو الاول ـ وعن الشيخين وابن حمزة وجماعة اختيار الثانى ـ يشهد للاول عموم مادل على توقف ثبوت الزنا على الاربعة .

واستدل للثانى بعموم التعليل فى خبر(٣) اسماعيل بن ابى حنيفة قلت لابى عبدالله عليه السلام كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان والزنا لايجوز فيه الااربعة شهود والقتل اشد من الزنا فقال عليه السلام لان القتل فعل واحد والزنا فعلان فمن ثم لايجوز الااربعة شهود على الرجل شاهدان وعلى المرئة شاهدان وهو كالصحيح سندا ـ لكون الراوى البزنطى ـ والظاهر انه الى ذلك نظر المحقق فى النافع حيث قال ـ وفى رواية يكفى اثنان لانها شهادة على فعل واحد ـ والافلم نقف على رواية تدل على ذلك ـ وكيف كان فيرد على الاستدلال به ان الظاهر كونه من قبيل الحكمة لاالعلة

(١ـ٢)الوسائل باب٢ـمن ابواب نكاح البهائم حديث ٣ـ٢

(٣) الوسائل باب٤٩من كتاب الشهادات حديث ١

وذلك لان شهادة الاثنين تسمع على الالف فصا عدا ـ مع انه ينتقض بالزنا بالمكرهة والمجنونة والنائمة وغيرهن فان الفعل فيها واحد ولاشك في اعتبار الاربعة ـ اضف الى ذلك انه في بعض (١) النصوص استدل الامام بذلك على بطلان القياس فالاظهر اعتبار الاربعة ـ نعم الظاهر كفاية ثلاثة رجال مع امرأتين لعموم ادلتها ـ وعن القواعد الاشكال في ذلك وفي الجواهر ولعله من ابتناء الحدود على التخفيف وان الاصل والنص والفتوى عدم قبول شهادتهن في الحدود خرج الزنا بالحية بالنص والاجماع ومن كونه زنا او اضعف منه ـ ولكن ابتناء الحدود على التخفيف لا يلازم عدم الثبوت بها بعد دلالة الدليل عليه والخارج عما دل على عدم قبول شهادتهن ليس خصوص الزنا بالحية بل مطلق الزنا .

هذا في وطء الاجنبية اما في وطء زوجته بعد الموت فالظاهر الثبوت بشهادة عدلين لعموم دليل (٢) البينة واختصاص مادل (٣) على اعتبار الاربعة بالزنا غير الصادق على المورد ـ وبما قدمناه يظهر حكم الاقرار فانه يعتبر اربع مرات في وطء الاجنبية كساير موارد الزنا ـ وفي وطء الزوجة الخلاف المتقدم مراراً من كفاية الاقرار مرة او اعتبار مرتين.

(وحكم اللائط بالميت حكم اللائط بالحي) لاطلاق ادلة اللواط **(ويغلظ عقـوبته)** بلا خلاف كما في سابقه ـ لان الفعل هنا افحش ـ ولفحوى المرسل المتقدم.

الاستمناء موجب التعزير

(الثالثة من استمنى بيده) او بغيرها من اعضاء المستمني وغيره عدا الزوجة **(عـزر)** بلا خلاف لانه فعل محرما اجماعاً كما في الرياض وفي الجواهر للاتفاق ظاهراً على الحرمة ـ والكلام فيه في موردين الاول في حرمته.

يشهد بها الاية الكريمة (٤) «والذينهم لفروجهم حافظون الاعلى ازواجهم اوما

---

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب صفات القاضي حديث ٢٥

(٢) الوسائل باب ٥ ـ و١٥ من ابواب كيفية الحكم كتاب القضاء

(٣) الوسائل ـ باب ١٢ ـ من ابواب حد الزنا

(٤) المؤمنون آية ٦

ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون » وهذا الفعل مما وراءذلك .

وجملة من الاخبار- كخبر(١) احمد بن محمدبن‌عيسى عن ابيه سئل الصادق عليه السلام عن الخضخضةفقال عليه السلام اثم عظيم قد نهى الله فى كتابه وفاعله كناكح نفسه ولوعلمت بما يفعله ما اكلت معه فقال السائل فبين لى ياابن رسول‌الله من كتاب الله فيه فقرأ الاية المتقدمة فقال الرجل ايماا كبر الزنا اوهى فقال عليه السلام هوذنب‌عظيم الحديث- وموثق (٢) عماربن موسى عن ابى عبدالله عليه السلام فى الرجل ينكح بهيمة اويدلك‌فقال عليه السلام كل ماانزل به الرجل‌مائه‌من‌هذا وشبهه فهو زنا- والمراد بحكمه اثما- وخبر(٣)العلابن زرين عن رجل عن‌الصادق عليه السلام عن الخضخضة فقال هى‌من الفواحش ونكاح الامة خيرمنه - وخبر (٤) ابى بصير عنه عليه السلام ثلاثة لا يكلمهم الله‌يوم القيمة ولاينظر اليهم ولايزكيهم ولهم عذاب اليم الناتف شيبه والناكح‌نفسه والمنكوح فى دبره.

وبازائها روايتان احداهما-رواية(٥) زرارة عن ابى عبدالله عليه السلام عن الدلك فقال عليه السلام ناكح نفسه لاشىء عليه- ثانيتهما صحيحة (٦) ثعلبةبن ميمون و حسين بن زرارة قال سألت اباجعفر عليه السلام عن رجل‌يعبث بيديه حتى ينزل قال عليه السلام لابأس به ولم يبلغ به ذاك شيئاً - وقد حمل الاصحاب هذين الخبرين على محامل بعيدة.

والحق ان‌يقال ان الخبر الاول ضعيف السند والثانى قاصر الدلالة فانه ليس فيه العبث بيديه مع ذكره ولعل المراد العبث بيديه مع زوجته - فتأمل فان ظاهره العبث بيديه مع ذكره و عليه فيتعين طرحه لعدم افتاء الاصحاب بمضمونه و معارضته مع النصوص المتقدمة سيما الموثق لان قوله فهوزنا يعارض مع قوله لابأس به - فان قيل انه بعد مالم يكن الحمل حقيقيا فلا محالة يكون المراد انه

(١) الوسائل باب ٣من ابواب نكاح البهائم حديث٤

(٢) الوسائل‌باب٢٦ من‌ابواب النكاح‌المحرم- كتاب‌النكاح حديث١

(٣-٤-٥) الوسائل باب ٢٨ من ابواب النكاح المحرم حديث ٥-٧-٦

(٦)الوسائل‌باب٣من ابواب نكاح البهائم حديث٢

بحکمه فی الحرمة - فغایته الظهور فیها فالجمع بینهما یقتضی البناء علی الکراهة والمرجوحیة - واما سایر النصوص فمابین ضعیف ومجهول ومرسل واما الایة فیقید اطلاقها به - قلنا لواغمض عن مافی هذا الجمع حیث ان الاصحاب اعرضوا عن الخبر فهو ساقط عن الحجیة.

الثانی فی تعزیر المستمنی لاخلاف بینهم ظاهرا فی انه یعزر بما یراه الحاکم لانه فعل محرما - ویشهد به خبر (۱) طلحة بن زید عن ابی عبدالله علیه السلام ان امیر المؤمنین (ع) اتی برجل. عبث بذکره فضرب یده حتی احمرت ثم زوجه من بیت المال - ونحوه خبر (۲) زرارة والخبران المتقدمان الدالان علی عدم حرمة الاستمناء یعارضاها - فلابد وان یطرحان لاعراض الاصحاب عنهما لاغیر - ثم ان مافی الخبرین من الضرب الی ان احمرت لیس علی نحو التعیین لعدم وجود مایدل علیه فانه حکایة فعل ولعله کان الامام علیه السلام رأی تعزیره بهذا النحو - فالاظهر انه لاحد لتعزیره بل مایراه الحاکم

(و یثبت بشهادة عدلین) لعموم ادلة (۳) حجیتها **(او الاقرار مرة)** لعموم دلیله (۴) - وفی اشتراط الاقرار مرتین او الاکتفاء به مرة کلام مر فی نظائره والاحوط والاحوط رعایة مرتین.

(الرابعة للانسان الدفع عن نفسه وحریمه وماله مااستطاع ویجب الاسهل فان لم یندفع انتقل الی الاصعب ومن اطلع علی دار قوم فزجروه فلم ینزجر فرموه بحصاة او عود فجنی علیه فهو هدر) و قد مر الکلام فی ذلک کله مفصلا فی المسالة الثالثة من مسائل الفصل الثانی عشر فراجع - قدتم کتاب الحدود فی عصر یوم الجمعة غرة صفر - ۱۳۸۹ والحمدلله اولا وآخرا -

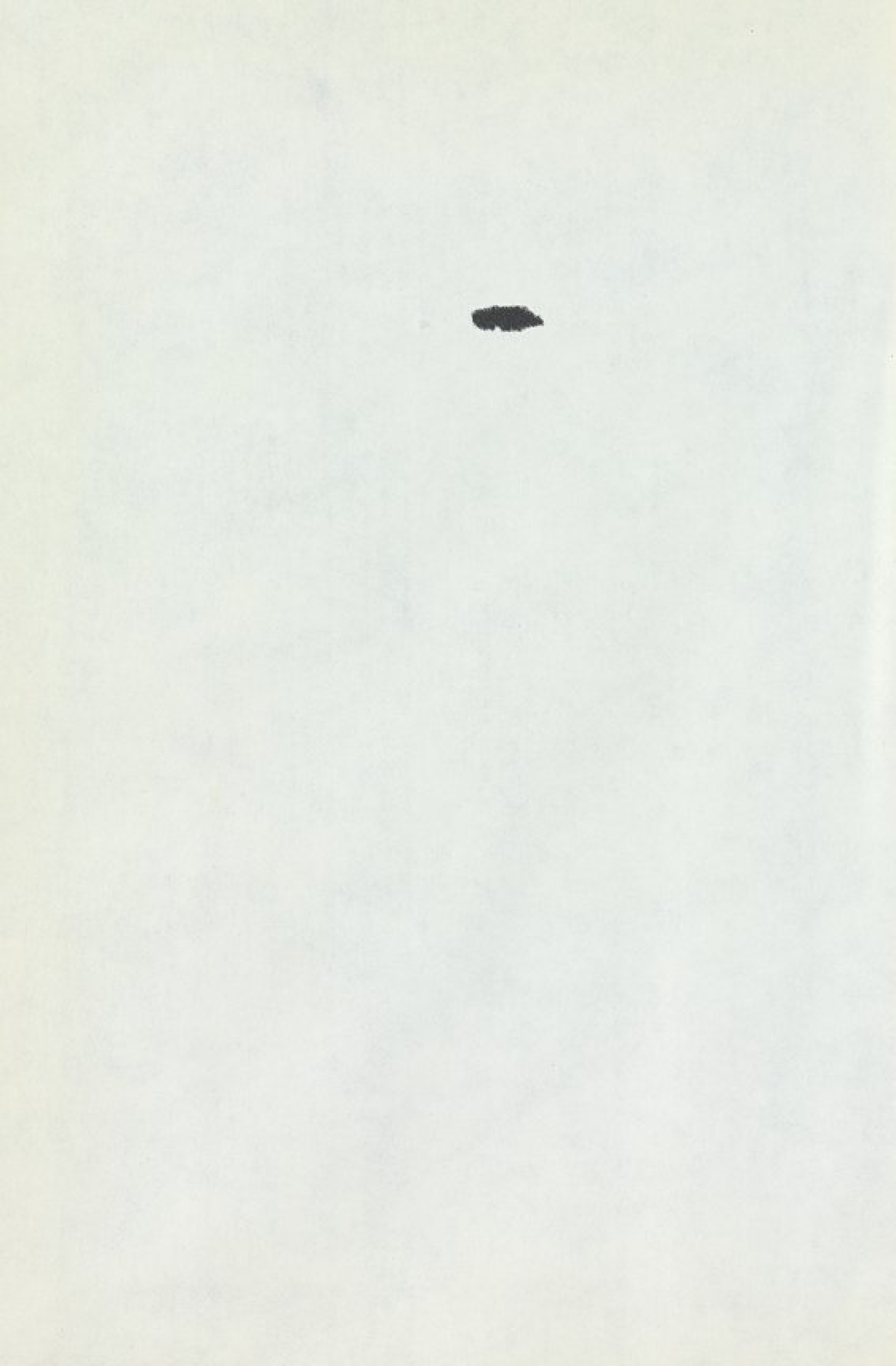
---

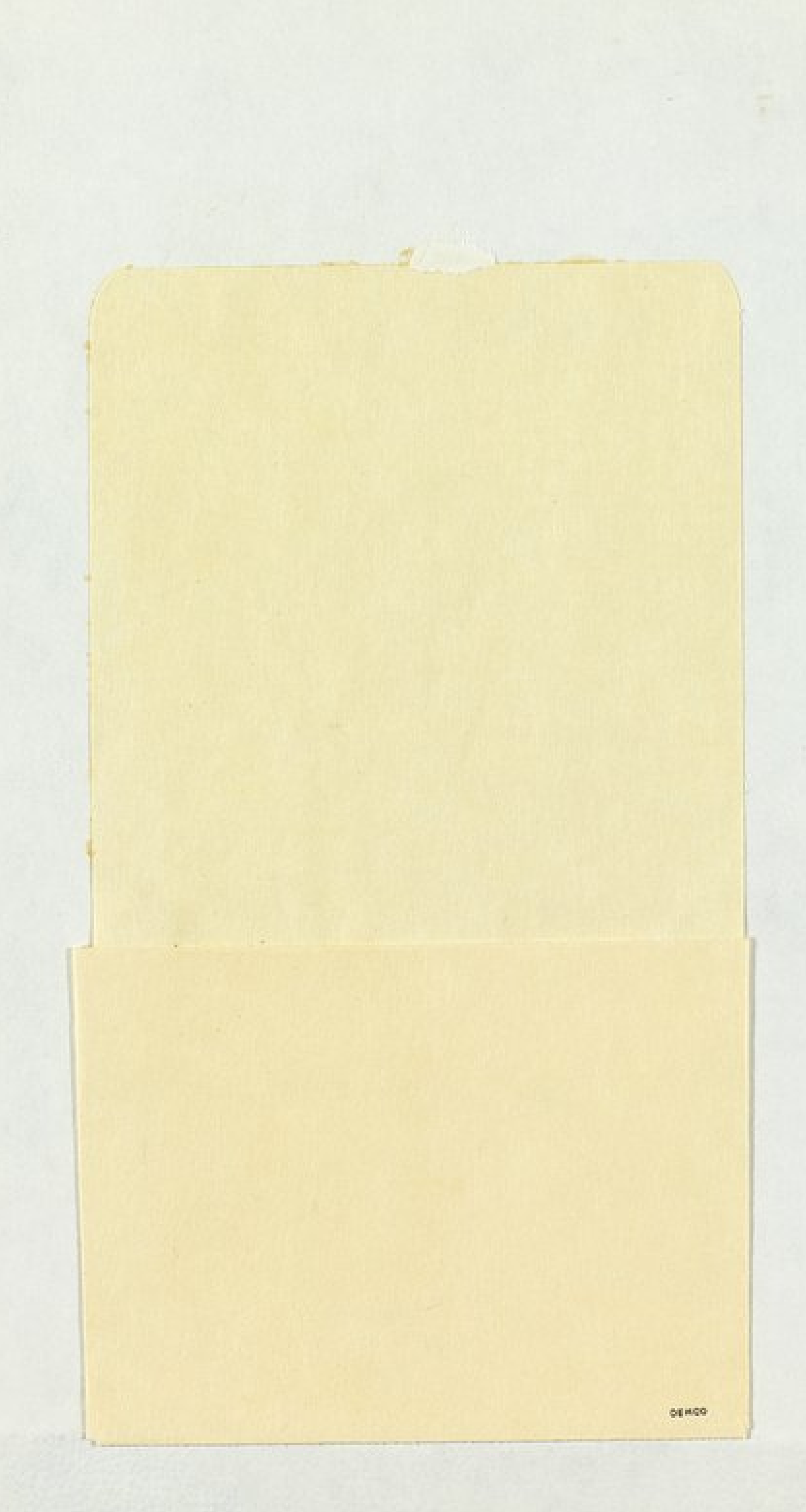
(۱-۲) الوسائل باب ۳ من ابواب نکاح البهائم حدیث ۱-۲

(۳) الوسائل باب ۱۵و۵ من ابواب کیفیة الحکم کتاب القضاء

(۴) الوسائل باب ۳ من کتاب الاقرار

فهرس الجزء العشرين من كتاب فقه الصادق




DEMCO

